كتاب الهداية في الفقه

نسخ ٣٣٢

١٥٧٤

وتكرار الغسل الى الثلث اراد به تثليث الغسل بالماء اي الى الثلاث لا يتعلق بالغسل لانها لو كانت خارجة كما هو الظاهر من كونها للمد والموافق لخروج الثالث
في مرجع الظاهر بيان انه ظاهر من واضح الى الثلاث عند اي ح اي افاد الكلام تكرار الغسلين وهو باربع مرات ولو كانت داخلة كما هو الموافق لدخول الثالث
في قوله ثلاث غسلات عند ساه ان المثال المذكور افاد الكلام تكرار الغسلات الثلاث وهو ست مرات بل يتعلق بالتكرار وح لو كانت الغاية خارجة لعدم الثالث
في التكرار بمعنى خروج الثالث كما هو الظاهر الموافق لقول اي ح فيفيد الكلام التكرار مرتين وهو الغسلات الثلث ولو كانت منفردات الغسل بعد دخول
الثالث كما يوافق قولهما فيجعل المغسول ملساً والاسباغ قوله عم هذا وضوء اه يرجع الى الوصف باعتبار الاثنان بالاصل لا باعتبار
الاقتصار على المرة ولا باعتبار ما ذكر من الشد والترتيب والموالاة او مقابلاتها بدليل قوله عم هذا وضوء من يضاعف له الاجر مرتين ان يضاعف
الاجر مرتين يناسب الوضوء مرتين قطعاً لكن الاجر انما يكون على قدر النية فظهر ان الاشارة بهذا وضوء وهو هو ومن زاد على هذا او نقص فالنهي
لما او الزيادة والنقصان باعتبار العدد فجعلهما باعتبار اعضاء الوضوء او باعتبار الحد المحدود كما في المبسوط بعيد وما جاء في الرواية التي
التي عم توضأ مرة من غير ذكر المرتين والثلاث وانه عم توضأ مرتين مرتين من غير ذكر الثلاث وكان في الزيادة لطائفة من العلماء ونفيه
آخر ذكرته اي بداء بالابر مبدو ازدياد النور على النور ذكره باسل الوعيد المار اليه بلفظ التعدي والظلم او باعتبار عدم رؤية الثلاث
وهذا يظهر ان الثلاث ليس من السنن الاصلية والافتار كما لا يخلو من حوق انه لا حاجة الى التأويل الاول بغير من اطلاق التعدي والظلم
في الاتم ثم التعدي يرجع الى الزيادة او التعدي في الامر تجاوزاً ما ينبغي او نقص عنه كما ذكر التعدي والظلم الى النقصان في المال ولم يظلم منه شيئا
الا انه نقص وتكرار من مرتين وثلاث لمتعدد المغسولات عند وسنة الترتيب اراد بالامر بالفعل مطلوباً مطلقاً فيتناول التأكيد وغيرها
ودونها او كونه مطلوباً من غير ح في الطلب فيتناول السنة وما دونها دون ما فوقها ولم يرد به المعنى الاصطلاحي المقابل للسنة المشهورة لان الامر
المذكور بجميع مشتوره كما صرح به ح ان الماتن لفظ سنة ولم يقل وان شرط بالعطف على السنة لا ساعد اللفظ والاقتداء بقوله لسائر السنة والترتيب وغير ذلك
في اسباب المياه ذكر لفظا يحتمل السنة والافتراض على المعنى الاول وح يكون قوله وعند الشافعي فرض داخلا في خبر المبتدأ معطوفاً على خبر المبتدأ اعني قوله سنة فإنما
او دونها ونازعه صاحبه في لفظ الا انه نص صحيح على طلب شيء آكد فيكون التشديد مقابلاً لاثبات الكل الطلب من الافتراض الذي ذهب اليه الشافعي بل بالكل يقتضي السنة
والترتيب وتردد بالكثرة الاستيعاب وهو مناسب المعنى الثاني وح يكون قوله وعند الشافعي فرض غير داخل في خبر المبتدأ بل معطوفاً على مجموع قوله فانه التأكيد
سنة عند يا حذف المستوي وهو اشبه بعادة القوم بالشبه الى مناسبة المعنى

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الاعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين
خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان
محمود خان وقفاً صحيحاً شرعياً لمن طالع واستفاد وتعلم
واستعاد وانا الفقير الى الله تعالى حررة يوم
حرره المفتش احمد شيخ زاده المفتش باوقاف
الحرمين الشريفين غفر لهما

قوله اعلى معالم العلوم واعلامها الاعلام، مكانا من علا يعلو علوا ومكانة من علا يعلى علاء، والمعالم في الاصل مواضع العلم ليستعمل

في الآثار الدالة على الطريق والاعلام جمع علم وهو العلامة والجبل والراية، والمعالم ان اعبر عن الادلة اليقينية لانها مواضع العلم

والاعلام عن الادلة الظنية لانها علامات واعلاء الادلة في القدر والشرف

لمصالح كبيرة او عبارة عن ادلة الاعتقاديات لان اليقين مشروط فيها والاعلام عن ادلة العمليات لانه اكثر ما ظني فان قلت اشتراط

اليقين في ادلة الاعتقاديات لا يستلزم انحصار اليقينية فيها فلا يلزم من ارادة المعالم عن اليقين اختصاصها بادلة الاعتقاديات

قلت جعلت اليقينية من ادلة العمليات ظنية بالتغليب او بحصر اليقينية في ادلة الاعتقاديات اذا المراد بالعلم

ما يتعلق بالاحكام الشرعية المنحصرة في الاعتقادية والعملية

الى اجتهاد اقرانه او ما كان الحامل عليه حيران الحوادث متشابهة الدفيع اى شيئا شيئا لا يجتمع ولا ينقطع والحوادث والنوازل والوقايع
بمعنى الا انها سمى حادثة لحدوثها وتكونها بعد ان لم يكن حوادث وسمى نوازل ووقايع لتوهم انحطاط وسقوط فيهما من الاعلى الى الاسفل
والنطاق نوع من الثياب او المنطقة واللام في الموضوع للعهد اشارة الى ما وضعه الاوايل والمراد تشبيه الموضوع بنطاق على الاضافة
ببيانه او اثباته فكان لو على وجه التخييل او التحقيق بجعل النطاق مستعارا للوضع ما لاضافة بمعنى اللام وذكر الغيني ترشيح
وصف الحوادث بافراط الكثرة بسط ومفروح عن الاوايل بانه لا تزيد منهم قوله وانتصاص الشوارد مبتدا خبره بالاقتباس والشوارد
والجملة معطوفة على قوله حيران الحوادث الجارحات تعقيبا لبيان الحاجة الى الاجتهاد بتعليم طريقه والتنبيه على تمكن الاواخر
منه كالاوايل والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي النافرة واريد به الاحكام التي لم تظهر على الاوايل او التي
خفيت في انشبها لخفاء مداركها والاقتباس استفادة العلم واصله في النار من القبس وهو شعلة منها والموارد جمع
المبارد مجاز عن الادلة لانها موارد الاحكام او العقول المتعطشة الى زلال ولا يخفى ان الادلة ههنا النصوص والائمة وغير
الاجماعي لان احكامها ظاهرة عن ما فرع من الاوايل فلا يكون شواردا ما لمقيس وفضل هذا الكلام في عامة الشروح بالقياس
ومع جاز ان يكون الشوارد بمعنى الاحكام المذكورة والموارد الاصول لانها موارد الاحكام او العقول او الادلة او العلل
ولم يكن الشوارد بمعنى العلل الخفية في انشبها او على الاوايل والموارد الاصول او الادلة اى استفادة احكام الفروع
يمكن من الاصول او استنباط العلل التي تستند اليها احكام الفروع يمكن من الاصول او الادلة بمعنى النصوص والاجماعات
لا القياس وهو قوله والاعتبار في الامثال الخ جملة اخرى مسوقة للترغيب في القياس بانه من خصال الرجال البالغين
الكمال لا بد منه بمعنى الاقتباس او فرع المقتبس تانيه على ما قال ابو حنيفة رحمه الله على ما نفذه ارائى ونحن رجال يكون الاعتبار
على اقتناص الشوارد وهو من صنعة الرجال جزاؤهما والغرض الترغيب في الاجتهاد والايماء الى ان الاواخر في التمكن منه
كالاوايل والموارد لا اشتاد في الاجماع اصلا لما تقدم بل هي النصوص فقط بدليل ذكر الاعتبار بعده او يتناول الاجماع
ايضا وذكر الاعتبار ثانيا لزيادة الاعتناء به واما اذا خص هذا الكلام بالقياس فالمعنى ان استفادة احكام الفروع
من الاصول بطريق الاعتبار او استنباط العلل من الاصول او الادلة ورد الاشباه الى ما يناظرها في تلك العلل من
صنعة الرجال فالادلة هي النصوص والاجماعات لا القياس ولا خفاء في حسن ذكر الموارد ههنا
من التناسب فتح الاقتباس لما فيه من اعتبار استخراج النار من حجر الماء بلوح الى اشتراط مزيد الذكاء وفي اقتناص
الشوارد لانها تفتقص من شاردها غالبا قوله والوقوف متعلق بقوله يقتضي تقدم للحصر والمأخذ الادلة والقواعد
افراس الحلم جمع ناجذ وهي اربع سنين بعد البلوغ ويقال عض على الامر بناجذه اى اتقنه والظاهر ان ضمير عليها
يرجع الى ما دل عليه المآخذ من المسايل الموضوعة سواء كان بوضع الاوايل او الاواخر او الى مسايل في قوله وضعوا
مسايل من غير اعتبار تقيد ما يكونها موضوعة للاوايل او الى الشوارد واريد به الاحكام الخفية المدارك مطلقا او الموضوع
من الاواخر الى هاهنا ما جرت به عادة القوم في كتبهم من ذكر الادلة على ما اتفق وضعه لهم ولمن بعدهم سبيل الوقوف
على المآخذ هو السبب في اتقان الموضوعات فلا بد من التوقف عليها قوله وتدحرجت لا يخفى على الناظر في المقيد ولا
يظهر الداعى الى تاليف كتاب جامع للاوضاح القديمة والجديدة مع ادلتها وبه لا يتم المقصود اذ لا يتعين به المولف
الكتاب فعقبه بحديث الوعد ليتبين جهة تاليف للشرح المذكور فيه الجملة عطف على الفعلية التي قبلها او حال بتقدير
قد وهو مفهوم مما سبق اى انبعث الداعى الى تاليف كتاب كذلك وتدحرجت في هذا اللفظ اشارة الى صعوبة الامر
الوعد واستصغار لنفسه عن القصد اليه وضمير ان اشرحها للبداية اذ لا يجب تذكر الضمير العايد الى ذى الحال من علم المذكر
شرحا مفعول مطلق بالنظر الى معناه المصدري لكن الوصف وعود الضمير اليه باعتبار الحاصل منه لانه مراد ايضا فلا حاجة الى
ويجوز ان يقدر مضافا اى ارسم الشرح ونتيجته وقد يقال اريد بلفظ الشرح معناه المصدري وتضمن الكتاب المشروح ومنها الاحكام
وانت خبير بانه يجعل الجملة صفة للكتاب ايضا او الكتاب في الربط عاما من مرجع الضمير والموصوف من التعلق الذى باعتباره صحح حمله
موصوفا قوله مشرعا عند ارتياد ذلك الشرح والوعد بشروع اى يجوز والجملة حال عن فاعل شرعت ومعطوف المبالغ مفعول مطلق واما قال
مع ان التاليف العلوم الدينية لكونه بدعة حسنة جائز مطلقا بل مندوب قريب بالوجوب من الوجوب خير الديه وتعظيما لشان التصنيف
وحيث اكاد يفي بحكاية الحال الماضية واتكل فيه ما تضمن معنى التباعد والاعراض اى اتكل متباعدا معرضا عنه واتكا الرزاح مفعول

للتدريج وتبينت اى طلبت ما طل في حصن والجملة عطف على شرعت واما عطفها بالواو ولا بقى مع تراخي التبيين اكتفاء بالطرفة والبند القليل لان
يبتدا ان يطرح والايات به ويقال اطنب في الكلام اذا بالغ فيه وضمير لاجله يرجع الى البند او الاطناب وقوله فصرفت عطف على تبينت
لانه مرتب عليه بسبب منه والعنان اللجوج والعنان الاستمام ونردون عنان العنانه والمشهور ابلغ فان طلب ان اراد بالكتاب الكتاب فظاهر انه
لا يندفع بصرف العنان الى شرح آخر وكان الظاهر ايراد الضمير وان اراد البداية فاطناب الكتاب لا ينفك الى جانبها طلب اراد الكتاب
ما يترتب على بجانبه بذلك كتابه وان لم يندفع به بجانبه والمعنى انه خشيت ان يهجر الكتاب لطوله ويبقى البداية بلا شرح ينتفع به او يفوت
غرضي من التاليف وهو بقاء الاسم ودوام الذكر بالخير فالنعت شرطا اذا ابيت فصح ويكون مشتملا جهات الرغبة ويخلو عما فيه
الهجران فاشار الى الاول بقوله اجمع والى الثاني بقوله تاركا مرفضا وبهذا كان الخايف من فراق خليل ربما تجد خليلا آخر
مسبح واما اقام الظاهر مقام الضمير رعاية للسجع ومبالغة بتاكيد خشية الهجران على صريح للنظم ونيل اراد البداية ولذلك لم يعز
فان هجران الشرح ربما يفضى الى هجران المشروح قوله اجمع فيه اى في شرح اخر استيعاب ونعين الشيخ خيار والرواية مصدر
والمتن من الارض ما ارتفع وصلب والمتن الظهر ايضا والدراية العلم وارادها الدليل فيهما مجاز على السبب باسم مسببه المقصود منهم
تنبيه ان الدراية بحاران ما روى عن السلف ستوه الدراية التي هي من الحجج ويجوز ان يراد بالمتون الظهور وبالدراية العلم ويجعل
ما تنوين من الادلة كانها ظهور للعلم بها يتقوم ويتقوى كما هو الاعضاء بالظهر قوله تاركا حال من فاعل اجمع وكذا مرفضا والزوائد معطوف
تاركا وزيادة اللام لتقوية العمل وفي كل باب متعلق بتاركا او الزوائد اى في كل باب من ابواب الكتاب او من باب الرواية الدراية
وهذا التنوع دون ذلك او ذاك لقرب الاول بعد حسب لم يتعرض ولم يشرح في الكتاب والاسهاب الاكثار في الكلام قوله مع ما انه يشتمل
لتوهم الاخلال اللازم للاختصار غالبا وتشبيه بعض نتحرا اى تتوج ربيع الكعادة وما زايدة وهو في موقع الحال عن كل باب او من ضميره
شرح اخر قوله واسال الله عطف على اجمع او معطوفه على صرفت والعدول الى المضارع للاستمرار وعلى اجمع او حالة بتقدير المبتدا
اى وانا اسال قوله ويختم لي لم يرد به استدعاء ختم العمل كونه بالسعادة ولم يكن ذلك مما اهتم بارادة والكلام
لواحد منهما يكون اشارة الى الآخر قوله فحظ لي من سمت عالم للوفق او لمؤاله والظاهر شبه القسمة اتمامهما واختتامهما
التنجيس وان كان في اتمامها واختتامها بافراد الضمير وارادة البداية وجه صحيح ايضا وبهذا نظهر ما اكثر حتى ما انه تعرف العنان
الى شرح اخر والتسمية العلو والاطول والاقصر من حيث العبارة والاكثر والاصغر من جهة الحجم بعطف الاكثر على الاطول والاصغر على الاقصر
لتعلم بالمفهوم ونعنى بالجملة الوقت منه حمله على الجملة صار رفاعيا عن الاكثر ومزيد الوقوف لارادة ضرب بعض الاوقات
قوله وللناس مما يعشقون مذاهب اى فيما يعشقونهم ادنى مما يعشقونه مذاهب وبليه على تربيع العاربه وبنغمة لتملى على المدون الربع
ومن عادتي حب الديار لاهلها وللناس اى لما اى يجب على مما كان هذا اخبارا عن الوجوب وهو اظهر كان من عادتي عطفا عليه او
اعتراضا او حالا عن المجرور في على وان كان انشاء واما باعلى بعنه فالظاهر انه اعتراض او حال وقوله وللناس يحتمل العطف على
من عادتي والاعتراض والحالية قوله والعنوان العنوان النقوا او العلم الذي هو في مثل نبوة الكلالات خبر كلمة مطلبة وموضع قوله تم
على صرفت وظاهر الكلام ان المجموع اتمه هو البداية والمسموع انه دفنه الاخير المنيع بكتاب التبويح وكان الاملاء اسر فيه في الجمعة
يوم الاربعاء لسنة ثلاث وسبعين وخمسمائة قوله ما صحدا ان المجموع اتمه او املاه والجملة عطف على سائلي لا على صرفت والاكان
الافتتاح قبل السؤال ضرورة ان الفاء للوصل وثم للتراخي وتغيير الكلام بتقدم على اقوله وفي احساس حسنة مبالغة
والمحاولة طلب الشيء بحيلة قوله انه المتيسر استئناف في موضع التعليل للاستعانة به وطلب التيسير منه على وجه الحصر بدلالة الكلام
في الجملة الاولى والمقام في الاخيرين وتقديم ما بابها ودعا بالاحاطة للسجع والاحسن ان يجعل كونه الميسر لكل عسير سببا لطلب التيسير
منه لانه انسب به وكونه قديرا على ما يشاء علة للاستعانة لانها اشد ملاءمة به بذلك واما كونه جديرا اى خليقا بالاجابة
فداعي الى مجموع الامرين اعني طلب المعونة والتيسير

ولا ينبئك مثل خبير — هذا شرح
ديباجة الكتاب والله اعلم
بالصواب

مؤلف الهداية

علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني

شيخ الإسلام برهان الدين المرغيناني العلامة المحقق صاحب

الهداية أقر له أهل عصره بالفضل والتقدم كالإمام فخر الدين

قاضيخان والإمام زين الدين العتابي تفقه على جماعة منهم الإمام

نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد بن أحمد النسفي وفاق شيوخه

وأقرانه وأذعنوا له كلهم ولا سيما بعد تصنيفه لكتاب الهداية

وكفاية المنتهي مات سنة ثلث وتسعين وخمسمائة

وله البداية وكتاب التجنيس والمزيد والمزيد

وكتاب مختارات مجموع النوازل

وكتاب [illegible]

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبياء صلوات الله
عليهم اجمعين الى سبل الحق هادين واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم
مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق
حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق
الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف
على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله شرحا
ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ تبينت
نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية
اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا
النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم
لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله
الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني
ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما
احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم
الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة
وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو
مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا
كالليل في باب الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم
لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب

والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو
حجة على الشافعي رضي الله عنه في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك رضي الله عنه في اشتراطه الاستيعاب
وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلثة اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في آلة
المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه
السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت
يده ولان اليد آلة التطهير فتسن البداءة بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف
وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد نفي الفضيلة والاصح
انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه عليه السلام
كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام فعل كذلك والاصح انه مستحب والمضمضة
والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا
ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوء النبي عليه السلام ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعي
لقوله عليه السلام الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عليه السلام
امره جبرئيل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم
كي لا تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عليه السلام توضا
مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف
الله له الاجر مرتين وتوضا ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد
تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا
وعند الشافعي فرض لانه عبادة فلا تصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع
مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة
او هو ينبي عن القصد ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة
اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضا ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا

وضوء رسول الله عليه السلام والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن
أبي حنيفة رحمه الله ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا وصار كمسح الخف
بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء
سنة عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا أن المذكور فيها
حرف الواو وهي لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فتقتضي إعقاب غسل جملة الأعضاء والبداءة بالميامن
فضيلة لقوله عليه السلام إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل **فصل في**
نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين لقوله تعالى أو جاء أحد منكم
من الغائط وقيل لرسول الله عليه السلام ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عام فتتناول المعتاد وغيره
والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي
رضي الله عنه الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي عليه السلام أنه قاء فلم يتوضأ ولأن
غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام
الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته
ما لم يتكلم ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار
على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الأول غير أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان
إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون
بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على
الانتقال والخروج والقيء قليله يخرج من وجه ويلحق بالباطن من وجه فاعتبرناه في ملء الفم بالطرد
وملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء
وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث
ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه
حين عد الأحداث جملة أو دسعة تملأ الفم وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل
وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا وهو الغثيان ثم ما لا
يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح لأنه ليس بنجس حكما حيث لم تنتقض به الطهارة

وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء فإن قاء بلغما فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ناقض
إذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف وأما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن الرأس
ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف أنه نجس بالمجاورة ولهما أنه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل
والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة وإن كان مائعا فكذلك
عند محمد اعتبارا بسائر أنواعه وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وإن كان قليلا لأن
المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف نقض بالاتفاق
لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا أو متكئا أو مستندا إلى شيء
لو أزيل لسقط لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا
النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع
والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح لأن بعض الاستمساك باق إذ لو زال لسقط فلم يتم
الاسترخاء والأصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء على
من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالإغماء والجنون
لأنه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والإغماء حدث في الأحوال كلها وهو القياس في النوم
إلا أنا عرفناه بالأثر والإغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود
والقياس أنه لا ينقض وهو قول الشافعي لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة
وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء
والصلاة جميعا وبمثله يترك القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة
ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة
دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقضة للوضوء وإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم
لا تنقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين
دون غيرهما فأشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة والذكر لأنها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر

قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيرهما ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل لم
ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسألة الخارج من غير
السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء
هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج لا خارج فصل

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي
هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق
ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع
البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان
في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم
يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان
فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عليه السلام وانما يؤخر
غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ
بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل
اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول
شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة
وعند الشافعي خروج المني كيفما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل
من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال
اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة
ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج
اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين
من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم

ينزل ولانه سبب لانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في
الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة
والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع وسن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة
وسمى محمد الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه السلام من اتى الجمعة
فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل
ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة
فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع
فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله
وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي
الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر
والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير مأثور عن عائشة

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا
من السماء ماء طهورا وقوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او
طعمه او ريحه وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه
المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم
والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه واما الماء الذي يقطر من الكرم
فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث
شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد
وماء الباقلا والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا وغيره ما تغير بالطبخ وان تغير
بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء
الذي اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون او الاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر

الزردج مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره
الناطفي والامام السرخسي وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس
الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها
عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران
كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء
الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعدما خلط به
غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى الماء المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به
المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال
اسم الماء عنه وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء منه قليلا كان او كثيرا وقال مالك يجوز
ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان الماء قلتين لقوله عليه السلام
اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن
احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وكان ماؤها جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه ابو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة
والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء منه اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان
الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير
العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه
جاز الوضوء من الجانب الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية
فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة انه كان يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف
وعنه التحريك باليد وعن محمد بالتوضي وجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها
الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس
وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب
جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف انه لا ينجس
الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق وال

والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف
دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء
منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم
فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع
والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة
كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير
السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري
فيه سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه
في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي
هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي ان
كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره
يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة
عملا بالشبهين وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر
لا توجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف
هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية
فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله نجاسته غليظة
اعتبارا بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف
والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة رحمه الله وهذا عند
ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملا الا باقامة القربة
لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانما تزال بالقرب وابو يوسف رحمه الله يقول اسقاط
الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو
صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب
اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده

لاسقاط الفرض والماء لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب
والماء لعدم نية القربة وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض في اول الملاقاة
والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه
ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه وكل
اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عليه
السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي
الوارد عن الانتفاع بالميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي في جلد الكلب
وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين
اذ الهاء في قوله فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا
عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به
فلا معنى لاشتراط غيره وما طهر جلده بالدباغ طهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات
النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي
نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيهما ولهذا لا يتالم الحيوان بقطعهما فلا يحلهما الموت
اذ الموت زوال الحياة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز
بيعه ولنا ان حرمة الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل
الابار مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل والغنم
لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان
ان ابار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل
عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد
ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل
الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة
ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين

فان وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج
ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة
فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الماء الا
اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما
له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا البول
فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عليه السلام
عرف شفاءهم وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي ولا لغيره لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض
عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للتداوي لا لغيره للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده
فان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو
وصغره يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس انه قال في الفارة اذا ماتت في البئر واخرجت من ساعتها نزح
منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق
الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب وان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها
ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لحديث ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه انه في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون
بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع وهو
المروي عن ابي حنيفة رحمه الله ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود
وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح ماؤها كله فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان
او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينة لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان
فيها من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها
ما ينزح الى ان تمتلي او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء مثلا ثم تعاد
القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف وعن محمد مائتا دلو الى
ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة في الجامع الصغير في مثله انه ينزح
حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء

وهذا أشبه بالفقه وإن وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدرون متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ
أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء أصابه ماؤها وإن كانت قد انتفخت
أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس عليهم إعادة شيء حتى
يتحققوا متى وقعت لأن اليقين لا يزول بالشك وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته
ولأبي حنيفة أن للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه إلا أن الانتفاخ دليل
التقادم فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة
لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي على هذا
الخلاف فيقدر بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر
غائبة عن بصره فيفترقان وعرق كل شيء معتبر بسؤره لأنهما يتولدان من لحمه فأخذ أحدهما حكم
صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر
ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الإناء من ولوغه ثلاثا لقوله
عليه السلام يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثا ولسانه يلاقي الماء دون الإناء فلما تنجس الإناء فالماء
أولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولأن
ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث فما يصيبه سؤره وهو دونه أولى والأمر الوارد بالسبع محمول
على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي
فيما سوى الكلب والخنزير لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة
طاهر مكروه وعن أبي يوسف أنه غير مكروه لأن النبي عليه السلام كان يصغي لها الإناء فتشرب
منه ثم يتوضأ ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة
إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته
لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير إلى التنزه والأول إلى القرب من التحريم ولو
أكلت فأرة ثم شربت على فوره الماء تنجس إلا إذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء
على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة
مكروه لأنها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره

لوقوع الأمن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لأنها تأكل الميتات فأشبه المخلاة وعن أبي يوسف
أنها إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية
وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه لأن حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر إلا أنه سقطت
النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسؤر الحمار والبغل مشكوك
فيه وقيل الشك في طهارته لأنه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك
في طهوريته لأنه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه وكذا لبنه طاهر ولا يؤكل وعرقه لا يمنع
جواز الصلاة وإن فحش فكذا سؤره وهو الأصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الأدلة
في إباحته وحرمته أو اختلاف الصحابة في نجاسته وطهارته وعن أبي حنيفة أنه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة
والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فإن لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز أيهما قدم وقال زفر
لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء لأنه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق ولنا أن المطهر أحدهما
فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر عندهما لأن لحمه مأكول وكذا عنده في الصحيح
لأن الكراهة لإظهار شرفه فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال أبو حنيفة رحمه الله يتوضأ به ولا يتيمم لحديث
ليلة الجن فإن النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال أبو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به
وهو الصحيح الذي استقر عليه قوله وهذا الخلاف كله فيما إذا كان مسافرا أما المقيم لا يجوز له الوضوء
وهو رواية عن أبي حنيفة وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وبه قال الشافعي عملا بآية التيمم
لأنها أقوى أو هو منسوخ بها لأنها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم
لأن في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن غير واحدة فلا يصح
دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب وأما الاغتسال به فقد
قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لأنه فوقه والنبيذ المختلف فيه أن يكون حلوا
رقيقا يسيل على الأعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به وإن غيرته النار فما دام
حلوا فهو على هذا الخلاف وإن اشتد فعند أبي حنيفة يجوز التوضي به لأنه يحل شربه عنده وعند محمد
لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة جريا على قضية القياس والله أعلم

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر أو خارج المصر

بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله
عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج
بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله ولو
كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض
فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك
او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل
ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز
ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض
يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء
ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض
والنفاس لما روي ان قوما جاؤوا الى رسول الله عليه السلام وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال
ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم
ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة
والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال الشافعي لا يجوز
الا بالتراب وهو رواية ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله
ابن عباس الا ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة
او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا
يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض
في التيمم وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد
فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى
الطهارة او استباحة الصلاة اجزأه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب

فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة
مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون
الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم
ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لان الكفر ينافيه فاستوى
فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليها
كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض
الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة
هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما
والنائم عند ابي حنيفة قادر تقديرا والمراد من الماء ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء
فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته
في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يجده في آخر الوقت ان يؤخر الصلاة الى آخر الوقت
فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة وعن ابي
حنيفة وابي يوسف في غير رواية الاصول ان التأخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل
وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي
شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته
الصلاة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته
العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام او المقتدي في صلاة
العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله
ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء

ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فتفسد قال ولا يتيمم
للجمعة وان خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر اربعا لانها تفوت الى
خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي ما فاته لان
الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره
وذكره في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء عادة فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان
رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود
وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض
الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه
ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه
ان هناك ماء لم يجز ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ
ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان
منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير
وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم
لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط والله اعلم

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل
ان من لم يره كان مبتدعا لكن من راه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث
موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خص بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح
من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه
بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست يعني المستحاضة لو توضات مع السيلان ولبست معه
فمنه صحة وقت الصلوة ضرورة اداء الصلوة واذا خرج الوقت لا يجوز المسح والا يصير رافعا
الحدث لكون الحدث سابقا على الوضوء وهو السيلان ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء
كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث

وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع
حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز
للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث
فتعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث
المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني
انظر الى اثر المسح على خف رسول الله عليه السلام خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتى لا يجوز على باطن
الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع
استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال
الكرخي من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه
قدر ثلث اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما
وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج
في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكبير ان ينكشف قدر ثلث اصابع من الرجل اصغرها هو
الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فتقام مقام الكل واعتبار الاصغر
للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على
حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر
بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن
وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال انه قال كان رسول الله عليه السلام يامرنا اذا كنا سفرا ان
لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر
عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء
وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر
الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه
وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع
يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق

لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا بأكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو المقيم فسافر قبل تمام يوم
وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف
ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر
ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة
وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل
ولنا ان النبي عليه السلام مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين
وهو بدل عن الرجل لا عن الخف اذا لبس الجرموقين بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره
ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف ولا يجوز
المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان
لما روي ان النبي عليه السلام مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك
على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا
اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة
والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح
على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج
في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف
بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها
ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة
وعن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع
واكثره عشرة والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم
الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة

والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من
من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا
لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان
المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا وتحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة
تحمل على فساد المنبت فلا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصوم
وتقضي الصوم ولا تقضي الصلوات لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله
عليه السلام اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوات
حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه السلام فاني
لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور
والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن
حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا تقرأ الحائض ولا الجنب
شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة
على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن
الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر ثم
الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم
القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه
بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة
ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا
بهم وهو الصحيح واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم
يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها
ادنى وقت الصلاة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا
في ذمتها وطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي
عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع

الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب للنهي في القراءة
بالتشديد والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي رحمه الله هذا احدى
الروايات عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله
وآخره كالنصاب في باب الزكاة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو آخر اقواله
ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وكله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون
بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما
هكذا روي عن ابرهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين
فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف
لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطي لقوله عليه السلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا
عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة
معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع
الصلاة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدات مع
البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا
يخرج عنه بالشك

فصل

والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم
والجرح الذي لا يرقا يتوضؤن لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض
والنوافل وقال الشافعي تتوضا المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضا
لكل صلاة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه
السلام المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال
آتيك لصلاة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج
الوقت بطل وضوؤهم واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر استانفوا
اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور
تنتقض بخروج الوقت بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان

عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس
لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف
ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت
ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده
والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضا المعذور لصلاة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما
وهو الصحيح لانها بمنزلة صلاة الضحى ولو توضا مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما
ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها
وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن
استطلق بطنه او انفلتت ريحه لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم او من خروج
النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة
وان كان ممتدا وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد
فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد
فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير
نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث
ام سلمة ان النبي عليه السلام وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين
وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها
لما بينا في الحيض وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان
ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف وان كان
بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الآخر وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول
فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض
لانسداد فم الرحم على ما ذكرناه وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة

تعلقت بوضع حمل مضاف إليها فيتناول الجميع والله أعلم

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله
تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء وإذا وجب التطهير
بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان لأن الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل
ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن إزالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما إذا عصر انعصر
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز إلا بالماء لأنه يتنجس بأول الملاقاة
والنجس لا يفيد الطهارة إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما أن المائع قالع والطهورية
بعلة القلع والإزالة والنجاسة للمجاورة فإذا انتهت أجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق
بين الثوب والبدن وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف وعنه أنه فرق بينهما
فلم يجوز في البدن بغير الماء وإذا أصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني
فجفت فدلكه بالأرض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس إلا في المني خاصة
لأن المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام
فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور ولأن الجلد لا تتداخله أجزاء
النجاسة إلا قليلا ثم يجتذبه الجرم إذا جف فإذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى
لأن المسح بالأرض يكثره ولا يطهره وعن أبي يوسف أنه إذا مسحه بالأرض حتى لم يبق أثر النجاسة
يطهر لعموم البلوى وإطلاق ما يروى وعليه مشايخنا وإن أصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله
وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لأن الأجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل
جرم له والثوب لا يجزي فيه إلا الغسل وإن يبس لأن الثوب لتخلخله يتداخله كثير من أجزاء النجاسة
فلا يخرجها إلا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فإذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك لقوله
عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه إن كان رطبا وافركيه إن كان يابسا وقال الشافعي
المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام إنما يغسل الثوب من خمس وذكر منها
المني ولو أصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد وعن أبي حنيفة أنه
لا يطهر لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود إلى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة إذا أصابت

المرآة أو السيف اكتفى بمسحهما لأنه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وإن أصابت الأرض
نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على مكانها وقال زفر والشافعي لا تجوز لأنه
لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها وإنما لا يجوز التيمم
لأن طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه
من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه وإن
زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير لم يفصل
ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم أخذا عن موضع الاستنجاء
ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث
الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما أن الأولى في
الرقيق والثانية في الكثيف وإنما كانت نجاسة هذه الأشياء مغلظة لأنها ثبتت بدليل مقطوع به
وإن كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن أبي
حنيفة لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الأحكام وعنه ربع أدنى
ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والدخريص وعن أبي يوسف
أنه شبر في شبر وإنما كان مخففا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته أو لتعارض
النصين على اختلاف الأصلين وإذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم
لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روي أنه عليه السلام رمى
بالروثة فقال هذا رجس أو ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض
وقالا لا يجزئه حتى يفحش لأن للاجتهاد فيه مساغا وبه يثبت التخفيف ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة
في التخفيف بخلاف بول الحمار لأن الأرض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد أثرت في
التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فيكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق
بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد أنه لما دخل الري ورأى البلوى
أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى
وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يمنع

وان نجس لان بول ما كول اللحم طاهر عند محمد مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه ماكول عندهما
واما عند ابي حنيفة التخفيف لتعارض الآثار وان اصابه خرء ما لا يوكل لحمه من الطيور اكثر من قدر
الدرهم اجزأت الصلاة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تجوز فقد قيل ان الاختلاف
في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة في تعدية المخالطة فلا تخفف ولهما
انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل
لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل والحمار
اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلاة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون
نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار
فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس
بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا
فطهارته زوال عينه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى
من اثره ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال
العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى
يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر
غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب
الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل
مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج والله اعلم

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه
حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال
الشافعي لا بد من الثلاث لقوله عليه السلام وليستنج بثلاثة احجار ولنا قوله عليه السلام
من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه
متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله
تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل

هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا
اذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز
الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء
على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار
المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط ذلك الموضع وعند محمد مع
موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه
زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن
الاستنجاء باليمين والله اعلم

كتاب الصلاة

باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع
الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول الله عليه السلام فيها في اليوم
الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث
ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي
يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل
وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل
عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل
كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء
الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلام في اليوم
الاول في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد
الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت
العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام
من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت
الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات لان جبريل

عليه السلام أمّ في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام أول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة ولقوله عليه السلام وآخر وقت المغرب اذا اسودّ الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطا وفيه اختلاف الصحابة واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها بين العشاء الى طلوع الفجر قالا هذا عندهما وعند ابي حنيفة وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب والله اعلم

فصل

ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلاة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية انس رضي الله عنه كان النبي عليه السلام اذا كان في الشتاء بكّر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والتاخير الى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يالف صلاة الليل ان يؤخر الوتر الى آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب

تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة

ولا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة رضي الله عنه ثلاث اوقات نهانا رسول الله عليه السلام ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تتضيف حتى تغرب والمراد بقوله عليه السلام وان نقبر صلاة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرايض وبمكة في حق النوافل وحجة على ابي يوسف في اباحة يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلاة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلاة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتادي بالناقص والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه عليه السلام نهى عن ذلك ولا باس ان يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرايض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لان النبي عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة والله اعلم

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك

النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعدما خفض بهما وقال
الشافعي فيه ذلك لحديث أبي محذورة أن النبي عليه السلام أمره بالترجيع ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير
وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن
بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم مرتين حين وجد النبي عليه السلام راقدا فقال عليه السلام
ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص الفجر به لأنه وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا
أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو
المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الأذان
ويحدر في الإقامة لقوله عليه السلام إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب
ويستقبل بهما القبلة لأن النازل من السماء أذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز
لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب
للقوم فيواجههم وإن استدار في صومعته فحسن ومراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا
مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة فأما من غير حاجة فلا والأفضل
للمؤذن أن يجعل إصبعيه في أذنيه بذلك أمر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه ولأنه أبلغ
في الإعلام وإن لم يفعل فحسن لأنها ليست بسنة أصلية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على
الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود إلى الإعلام وهو
على حسب ما تعارفوه وهذا التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال الناس
وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور
الدينية وقال أبو يوسف لا أرى بأسا بأن يقول المؤذن للأمير في الصلوات كلها السلام عليك
أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده
محمد رحمه الله لأن الناس سواسية في أمر الجماعة وأبو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم
بأمور المسلمين كي لا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الأذان والإقامة إلا
في المغرب وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجلس في المغرب أيضا جلسة خفيفة لأنه لا بد من الفصل
إذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين

ولأبي حنيفة أن التأخير مكروه فيكتفي بأدنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسألتنا مختلف وكذا
النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات
والفرق قد ذكرناه قال يعقوب رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بينهما وهذا يفيد ما قلناه وأن
المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم
لأنه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان وإقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة
فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي إن شاء أذن وأقام ليكون القضاء
على حسب الأداء وإن شاء اقتصر على الإقامة لأن الأذان للاستحضار وهم حضور وعن محمد أنه
يقام لما بعدها قالوا يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر وإن أذن
على غير وضوء جاز لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره أن يقيم
على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلوة ويروى لا تكره الإقامة أيضا لأنه أحد الأذانين
ويروى يكره الأذان أيضا لأنه يصير داعيا إلى ما لا يجيب بنفسه ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية
واحدة ووجه الفرق على إحدى الروايتين وهو أن للأذان شبها بالصلاة فتشترط الطهارة عن
أغلظ الحدثين دون أخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير إذا أذن على غير وضوء وأقام
لا يعيد والجنب أحب إلي أن يعيد وإن لم يعد أجزأه أما الأول فلخفة الحدث وأما الثاني ففي الإعادة
بسبب الجنابة روايتان والأشبه أن يعاد الأذان ولا يعاد الإقامة لأن تكرار الأذان مشروع
دون الإقامة وقوله وإن لم يعد أجزأه يعني الصلاة لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة وكذلك
المرأة تؤذن معناه يستحب أن يعاد ليقع على وجه السنة لأن بإعادتها يحصل المقصود وهو
لأنها لا ترفع صوتها لكونه عورة ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لأن الأذان
للإعلام وقبل الوقت تجهيل وقال أبو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الأخير
من الليل لتوارث أهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى
يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني مليكة
رضي الله عنه إذا سافرتما فأذنا وأقيما فإن تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالإقامة جاز لأن الأذان
لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والإقامة لإعلام الافتتاح وهم إليه محتاجون فإن

على نية بقية في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول
ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك فطهر
وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد
اي ما يواري عورتكم عند كل صلاة وقال عليه السلام لا صلاة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة
الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما تحت سرته الى ركبته ويروى ما بين
سرته حتى تجاوز ركبتيه وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة
من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام
الركبة من العورة وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة
واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رحمه الله وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها
ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلاة عند ابي حنيفة
ومحمد وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء
انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان
فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في
مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة
والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل
من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف
والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة
من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك
الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات
المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا
على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء
يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي الشافعي لان في الصلاة

فيه ترك فرض واحد وفي الصلاة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين
ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار
ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية
لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي
بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله عليه السلام فان صلى قائما اجزاه لان في القعود
ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء بعض الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر
وجب لحق الصلاة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان وينوي للصلاة التي
يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات
ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم
على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه
لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط
ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت
الصلاة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين الفرض
كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره نوى الصلاة ومتابعته لانه يلزمه فساد
الصلاة من جهته فلا بد من التزامه ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة
ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان
خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس
بحضرته من يساله عنها اجتهد لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله
عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق
التحري فان علم انه اخطا بعدما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه
بالخطاء ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان
علم ذلك في الصلاة استدار الى القبلة لان اهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم
فاستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رايه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل

بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدي قبله ومن أمّ قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى
المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم
لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد
صلاته لانه اعتقد ان امامه على الخطاء وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام والله اعلم

باب صفة الصلوة

فرائض الصلاة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح
والقيام لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا و
في اخر الصلاة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت
هذا فقد تمت صلاتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها
واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة
الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة
فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب
لانه ثبت وجوبها بالسنة واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير
وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع عنده يقول
انه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا اية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص
ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام
ويرفع يديه مع التكبيرة الاولى وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير
الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف المحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع اولا
ثم يكبر لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه
اذنيه وعند الشافعي يرفع الى المنكبين وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له
حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية
وائل بن حجر والبراء بن عازب وانس رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه
حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة
ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدلا من التكبير الله اجل او الله اعظم او

اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله كبير او الله الكبير وقال الشافعي
لا يجوز الا بالاولين وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي
يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفات
الله سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو
حاصل وان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو
يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية
اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية
لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن
اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية
لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة
ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى
الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد
ولا خلاف في انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة
والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف ولو افتتح الصلوة باللهم اغفر لي
لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه
يا الله وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى
ويضعهما تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة
وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة
اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لا يرسل
حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد
في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول
سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الى اخره

لرواية علي رضي الله عنه انه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي
عليه السلام كان اذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولم يزد
على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض
والاولى ان لا يأتي بالتوجيه قبل التكبير لتتصل النية به وهو الصحيح ويستعيذ بالله من
الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية معناه اذا اردت
قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله
ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلوناه حتى يأتي به المسبوق دون
المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير
ويسر بهما لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين والتشهد
وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية
قلنا هذا محمول على التعليم لان انسا اخبر انه كان لا يجهر بها ثم عند ابي حنيفة انه لا يأتي بها في اول
كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا لاختلاف العلماء وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة
والفاتحة الا عند محمد فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلاث آيات
من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة
ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله عليه السلام لا صلوة
الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز
لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله
عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام واذا قال الامام ولا الضالين
فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها ويخفونها لما روينا من حديث
ابن مسعود ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ
فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند
كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما
وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام

لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه
الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما عدا ذلك يترك على العادة ويبسط
ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام كان
اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا
ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه
ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها
في نفسه لما روى ابو هريرة عن النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه
وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة
ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع
الامامة وما رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء
بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير
والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع
والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي لقوله عليه
السلام قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود
هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر
ما روي تسميته اياه صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة
سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو
بتركها ساهيا عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلوة
رسول الله عليه السلام فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ويضع وجهه بين كفيه ويديه
حذاء اذنيه لما روي انه عليه السلام فعل كذلك وسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه السلام
واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا
من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة
ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج

والمذكور فيما روي الوصف في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما
واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل
ثوبه اجزاه لان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في ثوب واحد
يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام وابد ضبعيك ويروى وابدّ
من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عليه السلام كان
اذا سجد جافى بطنه حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي
كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو
فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك ادناه
لقوله عليه السلام اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى
كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام كان
يختم بالوتر واذا كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع
والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها
وتلصق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا
كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو
وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه
اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى حال الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا
فتتحقق الثانية فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد
ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لانه
عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة رض انه كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه
محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية ما يفعل
في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه
الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع

محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش
رجله اليسرى وجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعها نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رض
قعود رسول الله عم في الصلوة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث
وائل بن حجر ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى
واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود فانه قال اخذ بيدي
رسول الله عم وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القران وقال قل التحيات لله الى اخره والاخذ
بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الى اخره لان فيه الامر واقله
الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم
ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رض علمني رسول الله التشهد في وسط الصلوة
واخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء
ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة ان النبي عليه السلام قرأ في
الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك
بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة ولانها
اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي
او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي
فيهما لقوله عم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد
فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة كما قاله الكرخي او كلما ذكر
النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير
ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القران والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود قال له عليه السلام
ثم اختر من الدعوات اطيبها واعجبها اليك ويبدأ بالصلوة على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو
بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله

اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من
الاول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول
السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود ان النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه
حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن
يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا
ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان
الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب
الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة
لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا
لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظ السلام
واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها
التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب
لما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر
والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان
منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه
من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان
بعرفة لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك والحجة
عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت
وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته صلوة العشاء
فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل عليه السلام حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس
بجماعة وان كان وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت
في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ فاتحة
الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى
الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها
في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها
على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت
مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع
بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع
نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت
وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة
فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق
كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة
وقالا ثلث ايات قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الاية وله قوله
تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الاية خارج والاية ليست في معناه
وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عليه السلام قرأ في صلوة الفجر
في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا
اذا كان على عجلة من السير وان كان على امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت
لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين اية او خمسين
اية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر
ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين
وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما
في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر
والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه
الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل
وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة فالتخفيف اليق بها والعصر والعشاء

يستحب فيهما التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة
الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي
عليه السلام كان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في
استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت النوم والغفلة والحديث محمول على الاطالة
من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث ايات لعدم امكان
الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوة قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلوناه
ويكره ان يوقت شيئا من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم
خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام
من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي
الانصات والاستماع قال عليه السلام فاذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى
عن محمد ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب
لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك الخطبة
وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت
اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله
عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة
وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة
مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم
اقرأهم لكتاب الله فان تساووا فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم
في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى
خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام ولهما ليؤمكما اكبركما ولان
في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم

الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب
عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف كل بر وفاجر
ولا يطول بهم الامام الصلوة لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والضعيف والكبير وذا الحاجة
ويكره للنساء ان يصلين وحدهن جماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره
كالعراة وان فعلن وقفت الامام وسطهن لان عائشة فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه صلى الله عم صلى
به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن امامه وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى
خلفه او عن يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما
ونقل ذلك عن عبد الله ابن مسعود رض ولنا انه عم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما وهذا للافضلية
والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عم اخروهن من حيث
اخرهن الله تعالى فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن
المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد
والمختار انه لا يجوز في الصلوة كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد
بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء
الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عم ليليني منكم اولو الاحلام
والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلوة فسدت صلوته
ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد
وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام
فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها
لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه
كالاقتداء وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق
على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة
وان تكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة

بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه
من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء عند ابي حنيفة وقالا يخرجن
في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة
غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة واما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب
بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر خلف من هو
في معنى المستحاضة ولا الطاهرات خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن
ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف العريان
لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه طهارة
ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انها طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح
الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث
لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال
القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى اخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي
خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به
القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي
المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم
ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي
يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى
بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا
وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى
امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلاتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلوة الامام ومن لم يقرأ
تامة لانه معذور ام معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله
ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فيفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون

قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي
ولو كان الامي يصلي وحده والقارئ وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ
الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة
ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية
وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث
في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي
لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف
في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع
يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل
تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد
ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون
بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل وان لم يكن خرج من المسجد
يصلي ما بقي عليه والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر ووجه الاستحسان
انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته
ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا
ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى
انه لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم
قدامه فالحد هو السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده
من كل جانب فان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن
في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام
عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف
بعلة العجز وهو هاهنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز
بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم

واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلاة
تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان راى
المتيمم الماء في صلوته بطلت صلوته وقد مر من قبل فان راه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا على الخفين
فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا
فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القارئ فاستخلف اميا
او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان
صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة وقيل الاصل
ان الخروج من الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض
عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا
من حديث ابن مسعود وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه الصلوة وما لا يتوصل
الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت الصلوة قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز
في حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة ومن اقتدى بامام بعد ما
صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا
لانه اقدر على اتمام الصلوة وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث
انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام
قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد
في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته
وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث
متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج
من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم
تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه
من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج
والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة

في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضا وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن
بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو تذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه
من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم
يعد اجزاه وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث
وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة
ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة
قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد منه الاستخلاف قصدا
وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي في الخطا والنسيان ومفزعه الحديث
المعروف رفع عن امتي الخطا والنسيان ولنا قوله عم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام
الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا
لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان
فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع
وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف
ان قوله اه لم يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين
وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم
اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام
المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف
ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف
ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس
فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح
ففتح عليه رجل في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان

من كلام الناس لم يشترط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفي القليل منه ولم يشترط في الجامع
الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى
اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لان الفتح
مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة
الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا
يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى اية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا
كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه
له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد صلوته بالاجماع لقوله عم
اذا نابت احدكم نايبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض
الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي ويجتزي بتلك
الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت النية وبقي المنوي على حاله واذا قرا الامام من المصحف
فسدت صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه
بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن
من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو
نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرا كتاب فلان
حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هناك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت
امراة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار اثم لقوله عم
لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما ياثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل
ولا يكون بينهما حايل ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء
ان يتخذ امامه سترة لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع
فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل
ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب

السترة لقوله عم من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر
وسترة الامام سترة للقوم لانه عم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم تكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون
الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم تكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة
لقوله عم فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله عم بولدي ام سلمة او يدفع بالتسبيح
لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل

ويكره للمصلي ان يعبث
بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة
حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة واحدة
لقوله عم لابي ذر مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عم لا تفرقع اصابعك
وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عم نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع
المسنون ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بموخر عينه يمنة ويسرة من غير ان
يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول
ابي ذر رض نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب
والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام
ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية السلام تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة
القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد من اللبد فقد
روي انه عم نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص الشعر ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عم
نهى عن السدل وهو ان يضع ثوبه على راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا ياكل ولا يشرب
لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل وشرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة
مذكرة ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه
صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون
الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا باس بان يصلي الى
ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رض ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا باس بان يصلي وبين
يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي على بساط

فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة
في الاصل لان المصلي معظم ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة
معلقة لحديث جبرئيل عم انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر
لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد
بدون الراس فصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او
مفروشة لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على الستر لانه تعظيم لها
واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه
تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد
على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد
ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل
فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الاي والتسبيحات
في الصلوة باليد وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا باس بذلك
في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك
قبل الشروع فيستغني عن العد بعد ذلك

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج
في الخلاء لانه عم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر
فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط
اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن
تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد
والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد
لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش
المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة
وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش
حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا
ظهور اثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يوذن له ولابي حنيفة قوله عم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي
الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر
جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنهما انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي
باذانه واقامته الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة انه عم كان يوتر بثلث وحكى
الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول
مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي بعده لما روي انه عم قنت في اخر الوتر
ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من شهر رمضان لقوله عم للحسن بن علي حين
علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرا في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله
تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي في الفجر
لما روى ابن مسعود انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما
انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة
لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعية وعلى المتابعة
في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يصح الاقتداء به
والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر
واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع
قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم
والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكرنا في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل
العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا
خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة
عندنا كذا قاله النبي عم وفيه خلاف الشافعي وفي نوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء

اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز
وتكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة واحدة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني
في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل
في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وقال الشافعي فيهما مثنى مثنى
وعند ابي حنيفة اربع اربع للشافعي قوله عم صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح
ولابي حنيفة انه عم كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رض وكان عم يواظب على الاربع في الضحى
ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة لا يخرج
عن العهدة بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى
ما رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات
كلها لقوله عم لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل
تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبناه
في الثانية استدلالا بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فتفارقانهما في حق السقوط
بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا تلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف
الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين
معناه ان شاء سكت وان شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة وهو المأثور عن علي
وابن مسعود وعائشة رض الا ان الافضل ان يقرأ لانه عم داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها
في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه
صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور
عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في صلوة نافلة ثم افسدها
قضاها خلافا للشافعي لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام
ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين
لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين
بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي

اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق
بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانه بمنزلة صلوة واحدة
وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة
على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها
تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء
لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على
تركه فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب
لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول
اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما
فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف فيصح الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة
فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل
فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين
لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف
ان صح فقد اداه ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين
واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى
قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة لان التحريمة باقية وعند محمد قضاء الاوليين لان التحريمة
قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه قضاء
ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند
محمد ركعتين ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين وتفسير قوله عم
لا يصلي بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات
النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم
ولان الصلوة خير موضوع فربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود

والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عُهد مشروعاً في الصلوة وان افتتحها قائماً ثم قعد
من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وعندهما لا يجوز وهو القياس لان الشروع
معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصاً
حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته
الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر قال رأيت رسول الله عم يصلي على حمار وهو متوجه
الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه
النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل
وعن ابي حنيفة انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط
السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضاً ووجه الظاهر ان النص ورد
خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني فان صلى
ركعة نازلاً ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوِّزاً للركوع والسجود لقدرته على النزول
فان اتى بهما صح واحرام النازل انعقد موجباً لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك
ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضاً وكذا عن محمد اذا نزل بعدما
صلى ركعة والاول هو الاصح

فصل في قيام شهر رمضان

ويستحب ان يجتمع
الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين
ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظة الاستحباب والاصح انها
سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عم بيّن العذر
في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى
لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك
للفضيلة لان افراد الصحابة رض يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين
مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض
الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء
الى آخر الليل قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر

وبعده لانها نوافل سنّت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم
مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلى
الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم
احرازاً لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه
بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل
الظهر والجمعة فاقيم او خطب الامام يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل
يتمها وان كان قد صلى ثلثاً من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان
في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض حيث لم يوجد الاكثر
ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائماً ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها
يدخل مع الامام والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر
ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى
الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة التنفل بعد الفجر
وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها
اربعاً مخالفة امامه ومن دخل مسجداً قد اذّن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عم لا يخرج
من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع الا اذا كان ينتظم به
امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا بأس
بالخروج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة
عياناً وان كان في العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى
الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي
ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل
مع الامام ولم يصل لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها
في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد

في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنها وكذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله والتقييد بالاداء
عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن
والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عم وان فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه
يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لان النبي عم قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة
ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث
ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده
الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رح واما سائر السنن سواها بعد الوقت فلا تقضى
وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث
فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه
فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة
ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا بأس بان يتطوع قبل
المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة فان كان فيه ضيق تركه قيل
هذا في غير سنة الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عم في سنة الفجر صلوها وان طردتكم
الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لان النبي عم
واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال
كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف
حتى رفع الامام رأسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر هو يقول ادرك الامام
فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع
ولو ركع المقتدي قبل الامام فادركه الامام فيه جاز خلافا لزفر لان ما اتى به قبل الامام غير معتد
فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت
والاصل ان الترتيب بين الفوائت وبين فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل

فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل
التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان
الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة
جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه
اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عم
شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبة ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت
على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما يسقط بينها
وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور
في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم
وليلة تصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول
في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر
الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت
حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة و
جعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول
الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن
صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسد
الفرضية لا تبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض
فاذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة
بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر
انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك
في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر
واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ
وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر

فرض وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام
لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عم لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عم سجد
سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر
فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح
صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء
موضعه آخر الصلوة ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة
السهو واجبة هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان
واجبا لا يجب الا بترك واجب او بتأخيره او بتأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة
لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب ويلزمه السهو اذا ترك فعلا مسنونا كأنه اراد به فعلا
واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد
او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عم واظب عليها من غير ان تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها
تضاف الى جميع الصلوة فيدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى
والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت
فيما يجهر يلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار
والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير
يمكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات وهذا في الامام دون
المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب
في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا
وما التزم الاداء الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه
لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى
حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير
والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو

لانه ترك الواجب وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه
اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها
فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه
استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان
الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع
الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث
وثمرة الخلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام
ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه
الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض فان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها
ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى ليصير الركعتان
نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عم عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة
عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون
وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان
فيهما يصلي ستا عند محمد لانه هو المؤدي بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسدها المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط
بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي الاخريين لم يبن
لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل
جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام
او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه من الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد
ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته
الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة

بالقهقهة وتنقلب الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد
للسهو لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى
ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة
وان كان الشك يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب فان لم يكن له
راي بنى على اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال
بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع
يتوهم اخر صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعود

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن الحصين صل قائما فان لم تستطع
فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة فان لم يستطع الركوع والسجود
اوما ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا
يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك
فان فعل وهو يخفض راسه اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه فان لم
يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي
المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق
بقبول العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة واومى جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى
هي الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه
الى جانب قدميه وبه تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء براسه اخرت عنه ولا يومي بعينيه ولا بقلبه
ولا بحاجبيه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس لانه يتادى به
ركن الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة وان كان العجز
اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر
على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية القيام
للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل
هو الايماء قاعدا لانه هو الاشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض اتمها

قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر على القعود لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء
ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض به ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل
بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود
استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا فلا
باس بان يتوكى على عصا او حائط او يجلس لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب
وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه
لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز
عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة
والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من علة لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها
دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد من شبهة الخلاف والخروج افضل
ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات
فما دونها قضاها وان اغمي عليه اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء
عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة
اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم
وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان الجوزجاني رح بخلاف النوم
لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به
وعندهما من حيث الساعات هو الماثور عن علي وابن عمر رض

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة في القران اربعة عشر سجدة في اخر الاعراف والرعد والنحل
وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء
انشقت واقرا كذا كتب في مصحف عثمان رض وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا
وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسامون في قول عمر رض وهو الماخوذ للاحتياط
والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القران او لم يقصد
لقوله عم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد

واذا تلا الامام آية سجدة سجدها وسجدها المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد
الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا
فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور عليه لا حكم له بخلاف الجنب
والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة
بخلاف الجنب وان سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم
وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلاتية
لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها
في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها بعدها لتقرر سببها ولم
يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس
منها وقيل هو قول محمد وان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعدما سجدها
لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها
معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهاهنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة
وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلاتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى
بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوة فاعادها وسجد لها اجزأته السجدة
عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ
لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم
دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي
الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة وان قرأها في مجلس
فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى
السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات
وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف
بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب

وفي التسفل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط واذا تبدل مجلس السامع
دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع
على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود للتلاوة كبر ولم يرفع يديه
وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رض ولا تشهد عليه ولا سلام
لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ السورة في الصلوة او غيرها
ويدع آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة
اليها قال محمد احب الي ان يقرأ قبلها آية او آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان
موضعا بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عم يمسح المقيم
يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف
بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور
هو الوسط وعن ابي حنيفة التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير
في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في الرباعية
ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني
لا يقضى ولا يأثم بتركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية
قدر التشهد اجزأته الاوليان والاخريان له نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية
قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين
لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي رض لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال
على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه
لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور
عن ابن عباس وابن عمر رض والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية الاقامة
في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج منها غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة
حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رض اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة

من الصحابة رض مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى واذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى الاربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة واذا صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لان النبي عم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عم واصحابه رض كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عن المكث الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره

فصل متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاضي ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى اذا كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عم اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير وضوء جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا تجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رض انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سوى الامام قال رض والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة وان نفروا عنه

بعد ما ركع وسجد سجدة بني عليها الجمعة خلافا لزفر هو يقول ان الجماعة شرط فلا بد من دوامها كالوقت
ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع
في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلاة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة
لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة
فلا تتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور
وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر
فان حضروا فصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر
والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه
رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح للامامة في حق الرجال
وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بالطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله
يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة
هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض
هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر
بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها
فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر
فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها فصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة
من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي
اليها ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال
بالجمعة اذ هي جامعة الجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى
قوم اجزاهم لاستجماع شرائطها ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة
لقوله عم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا فان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها
الجمعة عندهما وقال محمد ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها
الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا بالظهر

ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا بالجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه
مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى
احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته
قال رح وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر
لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة قوله عم
اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذنون
الاذان الاول ترك الناس البيع والشرى وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع
واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله
الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد
الزوال لحصول الاعلام به

باب العيدين

وتجب صلوة العيد على كل من تجب عليه
صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك
واحد منهما قال رح وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول
مواظبة النبي عم عليها ووجه الثاني قوله عم في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن لا الا ان
تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج
الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عم كان يطعم في يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى وكان
يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عم
كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة
ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل
في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد
لان النبي عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة
لانه عم لم يفعله واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج
وقتها لان النبي عم كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال
امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى تكبيرة الافتتاح وثلثا

بعدها ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر
ثلثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر
في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية في الثانية يكبر اربعا
وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع
اليدين خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع
ففي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد
الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت
التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي
الركوع لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف
انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس
فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة
بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال
بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع
من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث
وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا
ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي عم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته
ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عم كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب
بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبيرات التشريق لانه
مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها
من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها
لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع
الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص
فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدأ بتكبير التشريق
بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب صلوة العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا يختم عقيب العصر من اخر
ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض فاخذ بقول علي رض اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط
في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رض اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول
مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله
وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعة المستحبة عند ابي حنيفة وليس
على جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله
ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة
والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى
المسافرين عند اقتدائهم بالمقيمين بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت
ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدي
في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال
الشافعي ركوعان له ما روته عائشة رض ولنا رواية ابن عمر والحال انكشف على الرجال لفرط قربهم فكان
الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل
في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رض انه عم جهر فيها
ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء
ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عم اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء
واذكروا الله واستغفروه والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي
بهم الجمعة وان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع
بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عم اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما

الدعاء والاستغفار لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله عم استسقى ولم ترو عنه الصلاة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي عم صلى فيها ركعتين كصلاة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلاة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رضه هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلاة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود ان النبي عم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما رويناه فان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالثانية ركعتين لما روي انه عم صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى من المغرب ركعتين وبالطائفة الثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلاة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم لانه عم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومؤن بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عم لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحياة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلي الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هي البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق فاذا ارادوا لف الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحياة وكيفيته ان يبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك فان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة صيانة عن الكشف

وتكفن المرأة في خمسة أثواب درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث أم عطية
أن النبي عم أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب ولأنها تخرج فيها حالة الحياة فكذا بعد الممات
هذا بيان كفن السنة وإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره
أقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد إلا في حالة الضرورة لأن مصعب بن عمير حين
استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين
على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة وتجمر الأكفان قبل أن يدرج فيها الميت
وترا لأنه عم أمر بإجمار أكفان ابنته وترا والإجمار هو التطييب فإذا فرغوا منه صلوا عليه لأنها فريضة

فصل في الصلاة على الميت

وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان إن حضر
لأن في التقدم عليه ازدراء به فإن لم يحضر فالقاضي لأنه صاحب ولاية فإن لم يحضر فيستحب تقديم إمام
الحي لأنه رضيه في حال حياته ثم الولي والأولياء على الترتيب المذكور في النكاح فإن صلى غير الولي
والسلطان أعاد الولي إن شاء لما ذكرنا أن الحق للأولياء وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده
لأن الفرض يتأدى بالأولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا من آخرهم الصلاة
على قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع فإن دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لأن النبي عم صلى
على قبر امرأة من الأنصار ويصلى عليه قبل أن يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك أكبر الرأي هو الصحيح
لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة يصلي
على النبي عم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لأنه عم
كبر أربعا في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الإمام خمسا لم يتابعه المأموم خلافا لزفر
لأنه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الإمام في رواية هو المختار والإتيان بالدعوات استغفار للميت
والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا
واجعله لنا أجرا وذخرا واجعله لنا شافعا ومشفعا ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي
حتى يكبر أخرى بعد حضوره عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكبر حين يحضر لأن الأولى
للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته
إذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لأنه بمنزلة المدرك

ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لأنه موضع القلب وفيه نور الإيمان فيكون القيام عنده إشارة
إلى الشفاعة لإيمانه وعن أبي حنيفة أنه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها
لأن أنسا رض فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله أن جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم
فإن صلوا على جنازة ركبانا أجزأهم في القياس لأنها دعاء وفي الاستحسان لا تجزيهم لأنها صلاة من وجه
لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة لأن التقدم حق الولي فيملك
إبطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالأذان أي الإعلام وهو أن يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه
ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عم من صلى على جنازة في المسجد فلا أجر له ولأنه
بني لأداء المكتوبات ولأنه يحتمل تلويث المسجد وفيما إذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن
استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم إذا استهل المولود صلي عليه وإن لم يستهل لم يصل عليه ولأن
الاستهلال دلالة الحياة فتحقق في حقه سنة الموتى وإن لم يستهل أدرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه
لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لأنه نفس من وجه وهو المختار وإذا سبي صبي مع أحد أبويه فمات
لم يصل عليه لأنه تبع لهما إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل لأنه صح إسلامه استحسانا أو يسلم أحد أبويه لأنه يتبع
خير الأبوين دينا وإن لم يسب معه أحد أبويه صلي عليه لأنه ظهرت تبعية الدار فحكم بالإسلام كما في اللقيط وإذا
مات الكافر وله ولي مسلم فإنه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك أمر علي رض في حق أبيه أبي طالب لكن يغسل
غسل الثوب النجس ويلف في خرقة وتحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع بذلك وردت السنة وفيه
تكثير الجماعة وزيادة الإكرام والصيانة وقال الشافعي السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق
على أصل عنقه والثاني على أعلى صدره لأن جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك
لازدحام الملائكة صلوات الله عليهم ويمشون به مسرعين دون الخبب لأنه صلى الله عليه وسلم
سئل عنه فقال ما دون الخبب وإذا بلغوا إلى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال لأنه قد تقع
الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها
على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك إيثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد لقوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت

مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يُسَلّ سلا لما روي انه عم سُلّ سلا ولنا ان جانب القبلة معظم
فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عم فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله
وعلى ملة رسول الله عم كذا قال رسول الله عم حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة
بذلك امر رسول الله عم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لانه عم
جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن
على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى
ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عم
جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع
القبور ومن شاهد قبر النبي عم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن
ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عم فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم
فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد
بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي
يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت
لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي ومن
قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم
قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة
سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع
الجنابة وقد صح ان حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة صلوات الله عليهم وعلى هذا الخلاف
الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما
ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة
ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع
عنه الحشو والفرو والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون

ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك
يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان يأكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل
من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان
الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط او خيمة
كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته
وهو من احكام الاحياء قال رض وهذا مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان
ارتثاثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون مرتثا لانه من احكام الاموات ومن وجد
قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب
فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا واما في العقبى وعند ابي يوسف
ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص
غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضاة الله
تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رض لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي
فيهما ولمالك في الفرض لانه عم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود
استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز
لانه متوجه الى القبلة ولم يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام
لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة
الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم
والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي لان الكعبة
هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على ابي قبيس جازت
ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عليه السلام

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم
اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة ولقوله عم ادوا زكوة

شاه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية
الى خمس وثلثين فاذا بلغت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين
فاذا بلغت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين
ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون
الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات
من رسول الله عم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين
وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت
مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي
العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي
ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة
ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي اذا زادت
على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون
ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين
حقة لما روي انه عم اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون
من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عم كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك
ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلثين
سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة
وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله عم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة
بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر
مسنة وفي الثلث ثلثة ارباع عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص
هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف

ومحمد لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة لقوله عم لمعاذ رضه لا تاخذ من اوقاص
البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في ستين تبيعان
او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان
ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عم
في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسن او مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر
يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به
في يمينه لا ياكل لحم البقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة
صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة
ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه
ثم في كل مائة شاة شاة كذا ورد البيان في كتاب رسول الله عم وفي كتاب ابي بكر الصديق رضه وعليه انعقد الاجماع
والضان والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويوخذ الثني في زكوتها ولا يوخذ
الجذع والثني ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما انه يوخذ
الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة والثنية ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي
موقوفا ومرفوعا لا يوخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار
ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويوخذ
في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمها وقد قال عم في كل اربعين شاة شاة

فصل في الخيل

اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء
اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عم
في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتاويل ما روياه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت
والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف
الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما

شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل

وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة وهذا آخر اقواله
وهو قول محمد وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة
منها وهو قول ابي يوسف والشافعي وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار
والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير
لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان
جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تادية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة الا باداء واحدة
من الصغار ثم عند ابي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل
ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين وعنه
انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى
خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل
على هذا الاعتبار ومن وجب عليه سن ولم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل
او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما
نذكر ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه
شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا
في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا
والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار
كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد
خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له ظواهر
النصوص ولنا قوله عم ليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة ولا في البقرة المثيرة صدقة
ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة
تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها

نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للكثير ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ
الوسط لقوله عم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها
ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به
وقال الشافعي لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها
يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير والزكوة عند ابي حنيفة
وابي يوسف في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي
كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد ان الزكوة وجبت
شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ
عشرا وهكذا في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك
اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب
الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف
يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم
لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج
لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم
سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي
من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجال منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين
ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة
وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر
ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط
بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب
وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي
وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب

جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر
من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول
هو الاصل في السببية والزايد عليه تابع له

باب زكوة المال

فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عم ليس فيما دون خمس اواق صدقة
والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عم كتب الى
معاذ ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال
ولا شي في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله عم في حديث علي رضي وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتدا لتحقق
الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله عم في حديث معاذ رضي
لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج
مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون
العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي واستقر الامر عليه واذا
كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض
يعتبر ان تبلغ قيمتها نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا
الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى
الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في ساير العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ
نصابا لانه لا تعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول ففيها
نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل
اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا
وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة
الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي

تبر الذهب والفضة وحليهما وانيتهما الزكوة وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة
للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود
وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عم
فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه
المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا
لحق الفقراء قال رضي وهذا رواية عن ابي حنيفة وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء
بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن
من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد انه
يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي
الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه
للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك
الكل حيث يبطل حكم الحول ولا تجب الزكوة لانعدام النصاب في الجملة ولا كذلك في المسئلة الاولى لان بعض النصاب
باق فيبقى الانعقاد وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة
وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه
صار سبب الوجوب ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له
مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر
فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول
ان الضم للمجانسة وهو يتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر
من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين
كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده
اذا كان في تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر

اخرى في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا
اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل
الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل الحق
الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول
والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال
التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لانه ادعى ولصدقه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة
قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى
تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي
لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده
منه صحيح فكذا بامومية الولد لانه يبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال
ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رض سعاته
وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق
المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان الماخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير
وفي كتاب الزكوة لا ناخذ من القليل وان كانوا ياخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه
لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم ولا نعلم كم ياخذون منا ناخذ منه العشر لقول
عمر رض فان اعياكم فالعشر وان علم انهم ياخذون منا ربع العشر او نصف العشر ناخذ بقدره
وان كانوا ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر ولو كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ منهم ليتركوا
الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره
حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول
باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال فان عشره
فرجع الى دار الحرب من يومه ذلك ثم خرج عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده
لا يفضي الى الاستيصال وان مر ذمي بخمر وخنزير عشر الخمر ولم يعشر الخنزير وقوله عشر الخمر اي

اخذ من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية
عندهم وقال ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر
الخمر ولم يعشر الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير
منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه
للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر
صبي او امراة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر
على عاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بها لقلتها
وما في بيته لم يدخل تحت حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوتها وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال
نهيه عن التصرف فيه بعدما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما
لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه
لانه مالك له ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف لا ادري ان
ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشرها لان الملك
فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع
بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على
رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضاربة رجوعا منه في العبد وان كان
مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل ومن
مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره ثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل
لان التقصير من قبله من حيث انه مر عليهم

باب في المعادن والركاز

معدن ذهب وفضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس
عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج
ذهبا او فضة فتجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عم
وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا

غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية
لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس
حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس
لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء
لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجده في ارض فعن ابي حنيفة روايتان ووجه
الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر
والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا واسم
الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة
الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه
الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز
اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق
بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح
لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة
في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري
وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا
في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان
فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر
وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عم لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول
ابي حنيفة آخرا خلافا لابي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
فيهما وفي كل حلية تستخرج من البحر خمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه
القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رض فيما دسره البحر وبه
نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجده في ارض لا مالك لها لانه غنيمة

بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا القصب والحطب
والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع
رسول الله عم وليس في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف في الموضعين في اشتراط النصاب وفي
اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط
فيه النصاب ليتحقق الغنى ولابي حنيفة قوله عم ما اخرجته الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل
ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك
فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم
ليس في الخضراوات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة
ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية
ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها
مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر
وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود
الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل
فيما يسقى بالسماء او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال
ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى
ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال
محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة
احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان لاعتبار انه اعلى ما يقدر به
وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه
الابريسم ولنا قوله عم في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر
فكذا فيما يتولد منها بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة
يجب العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة كخمسة اوسق

كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى
كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق والفرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به
وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف انه لا يجب
لانعدام السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته
الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت
المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رض
وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلمين عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك
فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر
وكذلك اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف اصليا
او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف يعود
الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه
اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتأتى الا في
الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها
من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر وعند
ابي يوسف عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل
وعند محمد هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية
كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم واما الثاني فلانه بالرد
والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد
واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر اما اذا كانت
تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء
لان عمر رض جعل المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر لتعذر ايجاب
العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء

العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار
والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون
وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف لانه
يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل يعني
العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة
دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين القير
والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج
وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه
ثمانية اصناف وقد سقطت منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد
الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس
ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف واحد وسنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل
يدفع اليه الامام بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي لان استحقاقه
بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل
الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر
في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون في فك رقابهم وهو المنقول والغارم من لزمه دين ولا
يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة
بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند
محمد منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله عم ان يحمل عليه
الحاج ولا تصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال
في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكوة وللمالك ان يدفع الى كل واحد
منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف
لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف [illegible]

جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن ابن عمر وابن عباس رض ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عم
لمعاذ خذها من اغنياءهم وردها الى فقراءهم ويدفع اليهم ماسوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع
وهو رواية عن ابي يوسف اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ
لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها
دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة يعتق خلافا لمالك
ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني
لقوله عم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا حديث معاذ على ما روينا
ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم
متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع المرأة الى
زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عم لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله
لامرأة ابن مسعود وقد سألته عن التصدق عليه قلنا انه محمول على النافلة ولا يدفع الى مدبره ومكاتبه
وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى
عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون
عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد
غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف
امرأة الغني لانها ان كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع
الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم
منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد
بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء
فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله عم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا
حيث توخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لان القياس الالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة
قال ابو حنيفة ومحمد اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع

في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان
الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عم قال فيه يا يزيد لك
ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد
دون القطع فيبتنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة في غير الغني انه
لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى
فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده
او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك
نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط
الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف
ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد
مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى
حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغناء منه كمن صلى وبقربه نجاسة وان يغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء
عن السوال في يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة
كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم
احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها
لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه
وسلاحه وفرسه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري ومثله
يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عم
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله
وقدر اليسار بالنصاب لان تقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكرنا من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة
الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النماء ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة

ووجوب الاضحية والفطرة يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي قال فرض رسول الله عم زكوة الفطر
على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال
زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع
اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي
من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي
عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا
عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد
ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد
ووجوب الاداء على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى والعبد
بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين
عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق
وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة
عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عم في حديث ابن عباس رضي ادوا عن كل حر وعبد يهودي
او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب
عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما
بالخيار ففطرته على من يصير العبد له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار
لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد
يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف
النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل

في مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب وصاع من تمر او شعير
وقال ابو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول رواية الجامع

الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلعم
ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة منهم الخلفاء الراشدون رضي وما رواه محمول على الزيادة
تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد
منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق
والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القيمة والقدر احتياطا وان نص
على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح
ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة وعند محمد انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر
والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف وهو اختيار ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به
وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي
والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل
وهو قول الشافعي لقوله عم صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي ان النبي عم كان يتوضأ بالمد
رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي وهو اصغر من الهاشمي وكانوا
يستعملون الهاشمي ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس
في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب
وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص
واختصاص الفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة قبل الخروج الى المصلى لانه عم
كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم
فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة
ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها
معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل والواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه
اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا

يكون جائزا والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره
وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله
تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول
لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزي عنده ولنا قوله عم بعد ما شهد
الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكل بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة
والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى في نصف النهار انه صائم من حين نوى لا من
اول اليوم لا يصير صائما عندنا ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة
باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فيترجح بالكثرة جنبة
الوجود بخلاف الحج والصلوة لان لهما اركانا فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه
يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم توجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح
لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى
فتشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما
ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب اخر
وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض
فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب
باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا اخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت
الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف
ومحمد لان الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة
اذا صام المريض والمسافر بنية واجب اخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال
وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على
احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم
الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله

يجوز بنية من النهار قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عم بعد ما كان
يصبح غير صائم اني اذن لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم
على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي يجوز ويصير صائما
من حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك
من اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة وهو قهر النفس وانما هي تتحقق بامساك
مقدر فيعتبر قران النية باكثره

فصل في رؤية الهلال

وينبغي للناس ان يلتمسوا
الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان
ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان
ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا
تطوعا لقوله عم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على
وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه عندنا لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم
زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه
من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب اخر
وهو مكروه لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود
اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل
يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم
بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة ههنا
لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله
يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عم لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بيومين الحديث التقدم
بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذلك
اذا صام ثلثة من اخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقيل الصوم افضل اقتداء بعائشة وعلي رض فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه
اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة

الذي دل عليه قوله عم من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي
ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صايما
لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا غداء يفطر فان لم يجد يصوم والخامس
ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب
اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد
في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل
لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضا لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان
غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناوي للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان
اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان
يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام
شهادته لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون
الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه و حكما
لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهي تهمة الغلط فاورث شبهة
وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو
اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط بعد ذلك في تاخير
الافطار ولو افطر فلا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة
الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية
الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة ويشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول
وتاويل قول الطحاوي عدلا او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق
جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة
انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا
وقد صح ان النبي عم قبل شهادة الواحد في رؤية الهلال هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة
الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر

لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد
وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسما
علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم
الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع
القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة
ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء
من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر
ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان
بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد
وهو الفطر فاشبه ساير حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي
عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم يكن بالسما
علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين طلوع الفجر
الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود
الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك
عن الطعام والشراب والجماع نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود
الا انه زيد عليه النية في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما
تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض
والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

واذا اكل الصايم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود
ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم على
صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستوا في
الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم ولا فرق بين النفل
والفرض لان النص لم يفصل ولو كان مخطيا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فانه يعتبره

بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه
من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عم
ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال
عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف
على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس
بين العينين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل
بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة
والمصاهرة لان الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى ولو انزل
بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي
لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود
ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره له اذا لم يأمن لان عينه ليس
بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن تعتبر عاقبته وكره له
والشافعي اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن
محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانها قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل في حلقه ذباب وهو ذاكر
لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب
والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا
في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما
بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر
حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى
بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد
صومه كما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها
ابتداء يفسد صومه ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة
عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع

فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم
وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى ينقض به الطهارة وقد دخل
وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان
اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم
فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف
لعدم الخروج وعند محمد يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء فيه
فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء الفم
فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد
عنه لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم
لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة او النواة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم
المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة
لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق
دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد
عنده والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه
انزل او لم ينزل خلافا للشافعي لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا
كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي في قول لا تجب عليها لانها متعلقة
بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عم
من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد
لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او شرب
ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت
في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة
غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال

يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال
اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال هل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله عم ان يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه
خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال
كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه
الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء
لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان
الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر
لقوله عم الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة
لانعدامه صورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله
الدهن وان داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة والذي يصل
هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس
من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف
اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه وكأنه وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا
ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس
من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض
الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم
تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم
لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود
يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه
يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال
على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب

لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس
بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة
لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب
بالغداة والعشي لقوله عم خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره بالعشي لانه يزيل
ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فاشبه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم
الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف
الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر
وقضى جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض فانه قد يخف بالصوم
فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا
ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد واذا مات المريض
او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام
المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية
بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح وانما الخلاف في
النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة
فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب التتابع
مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني وقضى الاول بعده لانه وقت
القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا
خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية
خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية في الشيخ الفاني
بخلاف القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه
اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم

يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه
وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار
كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل
ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء
دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان
المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم احد
عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صلوة التطوع او في صوم التطوع ثم افسده قضاه خلافا للش
له انه تبرع بالمؤدي فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدي قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال
واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح له الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين
لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي واسلم الكافر
في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير
واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب
وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء
الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبي قبل الزوال فعليهما القضاء
لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله
الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع
ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر
لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية
الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه
اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي
حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى
ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك
لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان يتادى عنده بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية

لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف
ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير
لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط
هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق في بعضه
قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه
وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو
صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات
ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا
التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان
كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتادى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم
لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا
ان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على
ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى
بغير النية عنده وقال ابو يوسف ومحمد اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار
كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا
حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم
المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا
كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق
الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف
الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حالة قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه
حسب تحققه عن الصوم واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس
قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء
لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه

قول عمر رض ما تجانفنا لاثم قضاؤه يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر
مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين
فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة
اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل
ولو اكل فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه ان الفجر طالع فعليه قضاؤه
عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله
ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس
لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل فان كان اكبر رايه انه اكل
قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها
لم تغرب ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا
فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند
فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انها تجب
وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول انها لا تجب لقيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس
ولا تنتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل بعد ذلك متعمدا
فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان
الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد لان قول الرسول عم لا ينزل
عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء
في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب عليه الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي
لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة
كيفما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة
وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي
والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر فلا تجب الكفارة لانعد

الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله تعالى علي صوم يوم النحر
افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي
عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره
لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه
كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا
او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره
بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان
نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك
عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية
ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين
لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما
جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة المعينة
نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع بقدر الامكان وينافي في هذه الايام فانها ايام
اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه فلو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان
ما التزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون
الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبق وجهه ومن اصبح يوم النحر
صائما ثم افطر فلا شيء عليه وعن ابي يوسف في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر
وصار كالشروع في الصلوة في وقت مكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع
في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب
القضاء ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى
يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى فيكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة
انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عم واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان

والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان
وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في العبادات هو يقول ان الصوم عبادة
هو اصل بنفسه فكيف يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم لا اعتكاف الا بصوم والقياس في مقابلة النص المنقول
غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لقوله
ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم
لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه
لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر
باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رض لا اعتكاف الا في مسجد جماعة
وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان
يؤدي فيه اما المراة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد
الا لحاجة الانسان والجمعة اما الحاجة فلحديث عايشة رض كان النبي عم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة
الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في قضائها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث
بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي
معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف
في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب
يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية
ستا الاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة
وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع
الاعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة
ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي وهو القياس
وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة واما الاكل والنوم
يكون في معتكفه لان النبي عم لم يكن له ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد
فلا ضرورة الى الخروج ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج

الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشرى لان المسجد
محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشرى فيه لقوله عم جنبوا
مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس
بقربة في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون ماثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم
عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظور كما في الاحرام
بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا
بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو
جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم
ينزل لم يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم ومن اوجب
على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي
يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع
لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق
حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف
يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال
ووجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن
وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت
فرضيته بالكتاب والسنة وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عم
قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر
الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة ما يدل عليه وعند محمد والشافعي على التراخي
لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة
واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر
واما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي

حج عن غيره ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل
شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد
زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى
لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به
شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان
امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر
ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء
مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق
مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم
الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة
لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل هو شرط
الاداء دون الوجوب لانه عم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم
تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا
خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها
محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية
وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى
السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له ان يمنعها لان في الخروج تفويت
حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا كان له ان يمنعها ولو كان المحرم
فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه
يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة
بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم
شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد

فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية
اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز
للانسان ان يتجاوزها الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام
الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله عم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت
المنع من تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة
عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام
لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل
مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل
مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام لحاجتهم بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا
فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم
بهما من دويرة اهله هكذا قاله علي وابن مسعود والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه
اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان
داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت والحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما
وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فميقاته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي عم
امر اصحابه ان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان
اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون
الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف
حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل
لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم اختاره ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عم ائتزر
وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه
والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد

بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عايشة قالت
كنت اطيب رسول الله عم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب بعده والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف
الثوب لانه مباين عنه ويصلي ركعتين لما روي جابر ان النبي عم صلي بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وقال
اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعري عن المشقة
عادة فيسال التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداءها عادة متيسر ثم يلبي عقيب
صلوته لما روي انه عم لبي في دبر صلوته وان لبي بعدما استوي على راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا
وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبية الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك
لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها
ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولي وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة
ولا ينبغي ان يخل بشي من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا
للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة
كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة زادوا على الماثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع الزيادة
عليه واذا لبي فقد احرم يعني اذا نوي لان العبادة لا تتادي الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة
اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يات بالتلبية خلافا للشافعي لانه
عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوي التلبية
فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج
اوسع من باب الصلوة حتي يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية
ويتقي ما نهي الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالي فلا رفث ولا فسوق ولا جدال
في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق
المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم
وقت الحج وتاخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالي ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه
لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال عم لاصحابه هل اشرتم هل
هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده من الاعين

ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي
انه عم نهي ان يلبس المحرم من هذه الاشياء وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين
والكعب هاهنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روي هشام عن محمد ولا يغطي راسه
ولا وجهه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها ولنا
قوله عم لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المراة لا تغطي وجهها مع
ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق الاولي وفايدة ما روي الفرق في تغطية الراس بين الرجل والمراة ولا يمس
طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل ولذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالي ولا تحلقوا رؤسكم
ولا يقص لحيته لانه في معني الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا
ولا زعفران لقوله عم لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب
لا للون وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب ولنا ان له رائحة طيبة ولا باس ان يغتسل ويدخل
الحمام لان عمر رضه اغتسل وهو محرم ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل بالفسطاط
وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا ان عثمان كان يضرب له الفسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه
فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتي غطاه ان كان لا يصيب راسه او وجهه فلا باس به لانه
استظلال ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه
ليس في معني لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل
هوام الراس ويكثر من التلبية عقيب كل صلوة وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب
رسول الله عم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيوتي بها عند الانتقال
من حال الي حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة الدم
واذا دخل مكة ابتدا بالمسجد لما روي ان النبي عم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود
زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت
كبر وهلل وكان ابن عمر رضه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج
شيا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن ثم ابتدا بالحجر الاسود
فاستقبله وكبر لما روي انه عم دخل المسجد فابتدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل ويرفع يديه

لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر واستلمه ان استطاع من غير ان يوذي
مسلما لما روي انه عم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رض انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم
الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلم والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز
عن اذى المسلم واجب وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون ونحوه ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عم
طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي
ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عم استلم الحجر ثم
اخذ يمينه مما يلي الباب فطاف بالبيت سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على
كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عم ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب
سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عم في حديث عائشة رض
فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه
اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد
احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته
الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع اضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا
اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عم وبعده ويمشي في الباقي على هينته على
ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل رسول الله عم فان زحمه
الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان
بدل منه ويستلم الحجر كلما مر ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة
بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم
الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم
هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر ثم ياتي المقام فيصلي
عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب
ولنا قوله عم وليصل الطائف لكل سبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلم لما روي ان النبي
لما صلى ركعتين عاد الى الحجر فاستلمه والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح

بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية
وهو سنة وليس بواجب وقال مالك هو واجب لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر
بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل
الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفاء فيصعد
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم ويرفع ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عم
صعد الصفاء حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة تقديم
على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير
البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفاء من اي باب شاء وانما خرج
النبي من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفاء لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط
نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته
ثم ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفاء لما روي ان النبي عم نزل من الصفاء وجعل يمشي
نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة
اشواط وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط
لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عم ابدؤا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس
بركن وقال الشافعي انه ركن لقوله عم ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه
ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينتفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية
لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم
الموت الاية ثم يقيم بمكة محرما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه
يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع وكذا الطواف الا انه لا يسعى
عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع
ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا واذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم الناس فيها
الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج ثلث خطب فاولها ما ذكرنا
والثانية بعرفات والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة

ايام منى لبيات اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوم اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى
فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس
راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة
وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء
بتركه الاقتداء برسول الله عم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله
جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال التضرع
والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت الشمس صلى
الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي
الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله
وقال مالك يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود
منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذن كما في الجمعة
وعن ابي يوسف يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي عم
لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذن بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان
الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل
المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر ان النبي عم صلاهما باذان واقامتين
ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة
اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته
فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد لان الاشتغال
بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان الخطبة
ليست بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجمع
بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة ان المحافظة
على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقدم

لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة
الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام
بالحج ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف القياس عرفنا شرعيته فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة
مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام
على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة ثم يتوجه الى الموقف فيقف
بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل
يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عم عرفات كلها موقف
وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته
لان النبي عم وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لما
لان النبي عم وقف كذلك وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما
لانه عم كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الآثار ببعض الدعوات
وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي للناس
ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقفوا وراء الامام ليكون مستقبل القبلة
وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء
اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما
الاجتهاد في الدعاء فلانه عم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي
في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال
بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة
فياتي بها الى آخر جزء من اجزاء الاحرام فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى
ياتوا مزدلفة لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عم
يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة
اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث
قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رض بعد افاضة الامام

دعت بشراب فافطرت ثم افاضت فاتى مزدلفة والمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له
قزح لان النبي عم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضيق بالمارة
فينزل عن يمينه او عن شماله ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة ويصلي الامام بالناس
المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية
جابر رضه ان النبي عم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما
بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو
تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا
اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء
ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر
مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم تجزه عند ابي حنيفة ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر
وقال ابو يوسف تجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها
فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي
قال لاسامة رضه في طريق مزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب
وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما
فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة واذا طلع الفجر صلى الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود
ان النبي عم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم
وقف ووقف الناس معه ودعا لان النبي عم وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس
واستجيب دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر
يلزمه الدم وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي
ان النبي عم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن
بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات
فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة
او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر لما روينا من قبل فاذا

طلعت

طلعت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا منى قال رضه هكذا وقع في بعض نسخ المختصر
وهذا غلط والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام والناس معه لان النبي عم دفع قبل طلوع الشمس فيبتدي
بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج
على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال النبي عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منها
جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان
ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود
وابن عمر ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عم
لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود وروى جابر ان النبي عم قطع التلبية
عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين
بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع الرمي خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي
حنيفة لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة
السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر
مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع
حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من
عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل
اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي لان المقصود
فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا
ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله عم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق
ولان الحلق من اسباب التحليل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات
الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي ياتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد
والحلق افضل لقوله عم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم كرر الرحمة مرتين ولان الحلق
اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي
في الحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عم والتقصير ان ياخذ من رؤس

شعر مقدار الانملة وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم
فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي
لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي
هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية
في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به ثم ياتي مكة من يومه
ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي ان النبي عم لما حلق افاض
الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف
على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع
الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام
اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف
القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده
لان السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان
ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل
لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المامور به
في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه
الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه الدم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله
تعالى ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عم رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى
واذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدئ بالتي تلي مسجد الخيف
فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف
عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر فيما نقل من نسك
رسول الله عم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني
عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عم ويدعو الله بحاجته ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر

للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل
ان كل رمي بعده رمي يقف عنده لانه في وسط العبادة فياتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف
لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا واذا كان من الغد رمى
الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار
الثلث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم
عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عم صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله
ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه
خلاف الشافعي وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة
وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص
التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان
يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال
في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه
من وقت طلوع الفجر الثاني وقال الشافعي اوله بعد نصف الليل لما روي انه عم رخص للرعاء ان يرموا
ليلا ولنا قوله عم لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت
بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف
والرمي مرتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عم
ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف انه يمتد
الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد
رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه وان رماها
راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول
بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف
ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عم بات بها وعمر رض كان يؤدب على ترك القيام بها
ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن

من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لان عمر كان يمنع منه
ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به
رسول الله عم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عم قال لاصحابه
انا نازلون غدا ان شاء الله بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى
عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة
كالرمل في الطواف ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر
ويسمى طواف الوداع وطواف اخر العهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب
عندنا خلافا للشافعي لقوله عم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص
للنساء الحيض الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة
ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي عم استقى
دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة
ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم
يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عليه فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي
وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه
طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به
على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه بتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك
الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف
بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك
عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك وان كان
يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف
بعد الزوال وافاض من ساعته اجزأه عندنا لانه عم ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف
بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم

وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات
جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن
الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن
ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز فلو امر انسانا بان يحرم عنه
اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج
جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز
الاذن لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقد عقد
الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر
فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه والمرأة في جميع ذلك كالرجل
لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة
في وجهها ولو اسدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رض ولانه بمنزلة الاستظلال
بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق
ولكن تقصر لما روي انه عم نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة
كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم
الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا ومن قلد بدنة
تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عم من قلد بدنة فقد احرم
ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة واظهارها قد يكون بالفعل كما يكون بالقول
فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته
قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة
انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله عم فبعث بها واقام حلالا فان توجه بعد ذلك
لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد الا مجرد النية ومجرد
النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام
فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه ومعناه اذا نوى الاحرام

وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء
نسكا من مناسك الحج وضعا لانه تختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم
يصل الى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره يوقف على حقيقة الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد
شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند
ابي حنيفة فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه
مختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من الابل
خاصة لقوله عم في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما
ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما
عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران
لان له ذكرا في القرآن فانا اسمتم فمن تمتع بالعمرة الآية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عم
القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عم يا آل محمد اهلوا
بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله
تعالى وصلاة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة
فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور
وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان تحرم بهما من دويرة اهلك
على ما روينا ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك
التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا
يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا وصفة القران ان يهل بالعمرة
والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوات اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما
مني لان القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولهم قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذلك
اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى
عزم على ادائهما يسال الله تعالى التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذا يقول لبيك بعمرة وحجة

معا لانه يبدا بافعال العمرة فكذلك يبدا بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع
ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدا فطاف بالبيت سبعة
اشواط يرمل في الثلثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدا بافعال
الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن
تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما
يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال
الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان
مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذا في الاركان ولنا
انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رض هديت لسنة نبيك عم ولان القران
ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات
والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان
الا يرى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة
في وقت الحج وان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء
بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير
في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى
والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف واذا رمى الجمرة يوم
النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص
عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا
البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع
البقرة واذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى
اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه
لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم

بدلا عن الهدي فيستحب تاخيرها الى آخر وقتها رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج
جاز معناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع
الا ان ينوي المقام فحينئذ يجوز لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ
سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم
وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضي وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلاثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله
النقص فلا يتادى به ما وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه
بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه
دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا
لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع
ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر
يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران
والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق
لاداء النسكين وعليه دم لرفض عمرته بعد الشروع فيها وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد
افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا
بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة
لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع
لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما
الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات في اشهر
الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من العمرة وهذا هو
تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله عم في عمرة القضاء
وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم

ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولانه لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع
التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا
ان النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها
عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة قال فاذا كان
يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى
المكي وميقات المكي في الحج الحرم كما بينا ويفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف
الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع
بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى
بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع
على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب
وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل
وجود سببه وان صامها بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام
ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل
تاخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم
وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة
فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد اولى من التجليل
لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه
معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها
لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت
لا تنقاد فحينئذ يقودها واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد ولا يشعر عند ابي حنيفة ويكره والاشعار
هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن
قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا
ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنع مكروه عند ابي حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعي

سنة لانه مروية عن النبي عم وعن الخلفا الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا
ورد ماء او كلا او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه
جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم
واشعار النبي عم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة
كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد واذا
دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم
التروية لقوله عم لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة
وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة
على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة
وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو
دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام
في الصلاة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي والحجة
عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين
وهذا في حق الافاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي
اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الافاقي واذا
عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين
النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي
فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يبطل لانه اداهما
بسفرين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح
المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بالعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود
هناك لم يكن مستحقا عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج وطاف لها اقل من اربعة
اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه
على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة

اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد
نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق
باداء الافعال والمتمتع مترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر
من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت
لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم
الاحرام عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو
شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشيا وايجاب اشيا وذلك يصح
في كل زمان وصار كالتقديم على المكان واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او
البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما
الثاني فقد قيل هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية
وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له
نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه
بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه
يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان
فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان
عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه
فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم التمتع لانه لم يترفق
باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها اتت بغير الواجب
وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج
غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف
في المفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فان حاضت بعد الوقوف وطواف
الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر لانه عم رخص للنساء الحيض في ترك طواف

الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعدما حل النفر
الأول فيما يروى عن أبي حنيفة ويرويه البعض عن محمد رحمه الله لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية
الإقامة بعد ذلك

باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة
فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك لأن الجناية
تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وإن طيب أقل من عضو
فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى أنه إذا طيب
ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما إن شاء الله تعالى ثم واجب الدم
يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى وكل
صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي
عن أبي يوسف فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب قال عليه السلام الحناء طيب وإن صار ملبدا فعليه
دمان دم للطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنه ليس بطيب وعن أبي يوسف
أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا
صحيح ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير لأن كل واحد
منهما مضمون وإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالا عليه صدقة وقال الشافعي إذا
استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما
أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولأبي حنيفة
أنه أصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث
فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف
في الزيت البحت والخل البحت أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم
بالاتفاق لأنه طيب وهذا إذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه
فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله
على وجه التطيب بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا
فعليه دم وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة وعن أبي يوسف أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم

فعليه دم وهو قول أبي حنيفة أولا وقال الشافعي لا يجب الدم بنفس اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه
ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدرناه بيوم
لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل
ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو أدخل منكبيه
في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لأنه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير
في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم
لأنه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن أبي حنيفة أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا
لأن ستر بعض الرأس استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس
اعتبارا للحقيقة وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وإن كان أقل من الربع فعليه
صدقة وقال مالك لا يجب إلا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا
أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب
ربع العضو لأنه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب وإن حلق الرقبة
كلها فعليه دم لأنه عضو مقصود بالحلق وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم لأن كل واحد
منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة ذكر في الإبطين الحلق ها هنا وفي الأصل
النتف وهو السنة وقال أبو يوسف ومحمد إذا حلق عضوا فعليه دم وإن حلق أقل فطعام أراد به
الصدر والساق وما أشبه ذلك لأنه مقصود بطريق التنور فيتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق
بعضه وإن أخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من
اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثل ربع الربع يلزمه ربع قيمة الشاة ولفظة
الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق والسنة أن يقص حتى يوازي الإطار
وإن حلق مواضع المحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة وقالا عليه صدقة لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة
وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة إليها إلا أن فيه إزالة شيء من التفث فتجب
الصدقة ولأبي حنيفة أن حلقه مقصود لأنه لا يتوسل إلى المقصود إلا به وقد وجد إزالة التفث
عن عضو كامل فيجب الدم وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق

دم وقال الشافعي لا يجب اذا كان من غير اختيار بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من
ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم فقد
تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة
هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال
من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه
واما الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق
المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن
الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره
وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره وان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه
فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه
فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث
وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل
في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذا عند محمد لان مبناها على
التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول
ابي حنيفة وابي يوسف يجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه
معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم
اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب
لكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان في اظافير
اليد الواحدة الدم والثلث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب
الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان
قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما
ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق

لانه معتاد وعلى ما مر واذا تعددت الجناية تجب فيها الصدقة فتجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك
لو قلم اكثر من خمسة متفرقة الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان انكسر ظفر المحرم
فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس
او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من طعام
وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها
رسول الله عم بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان
وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك فيختص بالحرم لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا
الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزأه فيه التغدية والتعشية عند
ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور في الآية
فان نظر الى فرج امرأة بشهوة فامنى فلا شيء عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد
فصار كما اذا تفكر فامنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة
فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن
الشافعي انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل اعتبارا بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع
ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه
معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه
قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة
فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عم سئل عمن
واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة
من الصحابة رض وقال الشافعي يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان
القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما
بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة ان في غير القبل منهما لا يفسد
لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا
لمالك اذا خرجا من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لانهما يتذاكران

ذلك فيفترقان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام
لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان
ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي
فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس
او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه
في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف
اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط
او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي
فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف
في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد
باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى
الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم

فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي لا يعتد به لقوله عم الطواف صلوة الا
ان الله تعالى اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا ثم قيل هو سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان
الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص
بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة
وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن
فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس ولان الجنابة
اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا
لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان
والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره

بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة
النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد
ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طاف جنبا عليه ان
يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه
لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث
بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقير ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى
اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف
طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة انه تجب شاة الا ان الاول اصح وان طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون
طواف الزيارة فيكتفي بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان
بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود
ويبعث بشاة لما بينا وان ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه
لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام
بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته وان ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه صدقة
ومن طاف الطواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا
والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك
فقد دخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد
على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره
ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده
فعليه دم لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف
الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم وان كان طاف
طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه الاول لم ينقل
طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما

هو مستحب فلا ينتقل اليه وفي الوجه الثاني ينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا طواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام التشريق فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما فلا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزم بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى الغروب واجب لقوله عم فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلاث فعليه صدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر ومن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة بنصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على

نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء اخر وله حديث ابن مسعود من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رض ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عم واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في اخر الصلاة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية حرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في حق التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه وان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه الاية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله عم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الاية نص على الايجاب واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال

الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه
فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع
بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة
للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان
الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة
وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه
ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما
وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي
يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة
بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة
لان القيمة لا تكون نعما والصحابة اوجبوا النظير من حيث الخلقة والنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش
والارنب على ما بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام
وما اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة
بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو المثل صورة
ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا
بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم
الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير به
دون الايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد والشافعي الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام
او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه
كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي منصوبا
لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل او مفعول لحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار

اليهما قلنا الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع
فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه
ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه
الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد
من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هاهنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله
تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة
على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة
في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح الهدي بالكوفة اجزأه عن الطعام
معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على
الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي يجزي
صغار النعم فيها لان الصحابة اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا
لانه هو المضمون فتعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم كل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف
الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع
من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام
والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف
صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق به لان الصوم اقل من يوم غير مشروع
وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو
جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق
العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه
فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي
عن علي وابن عباس ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا

ما لم يفسد فان خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم
سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي
والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب
العقور جزاء لقوله عم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب
العقور وقال عم يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والحية والعقرب والكلب العقور وقد ذكر الذئب
في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور هو الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي
بالاذى وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر
في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة
لانهما لا يبتديان بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود
وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد من النمل السوداء او الصفراء التي تؤذي
وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف
من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه
يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق
بما شاء لان الجرادة من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير
من جرادة لقول عمر تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات
فاشبه الخنافس والوزغات ولانه يمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا
ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه
من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب
الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها
لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه
والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف

املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عم الضبع
صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذي ومن هذا الوجه
لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب عليه الجزاء
اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم
ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق
الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له
بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه
الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلونا من قبل ولا بأس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة
والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط
الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء
خلافا لمالك له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحه لبطوء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش
باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر ذلك وكذا
اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في اصل الخلقة فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ
حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي
يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع وهذا فعل
حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام المميز بين الدم
واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة
وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة
فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة ان حرمته باعتبار
كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية
والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافا الى احرامه
بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا بأس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده
حلال وذبحه اذا لم يدله عليه المحرم ولا امره بصيده خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم

قوله عم لا باس بان ياكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة تذاكروا لحم الصيد
في حق المحرم فقال عم لا باس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه
ان يصاد بامره ثم شرطه عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة
حديث ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد
استحق الامن بسبب الحرم وقال عم في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست
بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم
بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال
لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه
الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي
فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك
التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن كما روينا فان باعه رد البيع فيه
ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه
الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او
حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي
عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية
وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ في البيت
والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان
القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده
غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين
من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه
بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه
في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف فان اصاب محرم

صيدا فارسله من يده غيره فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في
حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم
آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك
والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال
زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند
اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان
اليه فان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه
لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة
مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته
على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا
فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق
ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم
المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت
عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة
الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا للمالك كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه
لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا باس بالرعي لان فيه
ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش
من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله عم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف
الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان
دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين
وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لما
ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك
محرمان في قتل الصيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد بالشركة يصير جانيا جناية تفوق

الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد بتفويت الامن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا وماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الميقات بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه محرما ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت واحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لرفضها لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة وله ان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما

لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الافاقي دم شكر ومن احرم
بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى
لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين
احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني
لانه في غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام
الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير
وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه
قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج
ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه
اخطاء السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر
اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه
من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع
على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه
شيء واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه
ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض
عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر وفي ايام التشريق
لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل
وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم
لرفضها وعمرة مكانها لما بينا فان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا
في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام
او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر
في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته الحج

ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة
على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه
ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي
جاز له التحلل وقال الشافعي لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر
لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار
بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي
من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة
تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه ثم تحلل وانما تبعث الى الحرم لان دم الاحصار
قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة
بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي
لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته وتجوز الشاة
لان المنصوص عليه الهدي وادناه الشاة وتجزئه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا
بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى يشترى الشاة هناك وتذبح
وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه
بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبة على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عم
واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل
عن الاحرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد
منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه
قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة
متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة
انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف

دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف بعرفة تنتهي به
والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع
والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق
لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عم واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج
وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة
وعمرتان اما الحج واحداهما لما بينا واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن
هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه
بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له
ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف
فاذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك
الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل فان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا
وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر
فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق
لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول
المقصود بالبدل وهو الهدي ووجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث
على يده الهدي يذبحه ولا يحصل المقصود وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه
التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه ينبغي ان يضمن المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصود المحصر
ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او غيره ليذبح عنه
فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء
بما وعده ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة
وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل
وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل
واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح

ما علمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم
بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد
اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه لقوله عم من فاته عرفة
بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة هي الطواف والسعي ولان الاحرام
بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز
عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة
الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره
فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رض انها كانت تكره العمرة
في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم
عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن
مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج
وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي فريضة لقوله عم العمرة فريضة
كفريضة الحج ولنا قوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية
غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت
الفريضة مع التعارض في الآثار وهي الطواف والسعي وقد ذكر في باب التمتع والله اعلم

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل
ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي
عن النبي عم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية
الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادة انواع مالية محضة
كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار
والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو
اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص
المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج ف

فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع
عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فان النبي عم قال فيه حجي
عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند
العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة
فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة
الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم
الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له
ان يجعله عن ايهما شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه
سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما
لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى
على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو
القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة
حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وهنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان
ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين
فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدي لا يحتمل التعيين فصار مخالفا وان
امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين
والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد
ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران
فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على الحاج
لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما
ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال
الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل
هو من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو جاني

عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به
بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه
ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات
على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد
انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث
مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند
محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين
الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة
ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم
يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني
فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عم
اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية
من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن
يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية وقال عم من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل
سنة واذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه وبنيت
على ذلك المامور بالحج ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير
اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما
بعد الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عم سئل عن الهدي فقال ادناه شاة وهو من ثلثة انواع الابل والبقر
والغنم لانه عم لما جعل الشاة ادنى فلا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى
الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز
في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل
شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما

الا بدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز
الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عم اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب ان ياكل
منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا
لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي
قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال
العبد الضعيف في الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح
لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها
في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله
تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك
فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر
اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر
لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة
والقران لانه دم نسك ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة
فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عم منى كلها منحر
وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة
قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان
ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر
فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء
الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر والافضل في البدن
النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تعالى ان تذبحوا
بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي عم نحر الابل وذبح
البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان
ينحرها قياما لما روي انه عم نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح

البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى
ذبحها بنفسه ان كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا
وستين بنفسه وولى الباقي عليا رض ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا
ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي
اجر الجزار منها لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر
الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لا يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا
من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي انه عم راى رجلا يسوق
بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك
وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد
حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها
كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق
هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب
فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب
بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت
البدنة في الطريق فان كانت تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل هو
ولا غيره من الاغنياء منها بذلك امر رسول الله عم ناجية الاسلمي والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك
ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه
محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع
وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء
لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك
وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية
والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة
عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا
بما اذا وقفوا في يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه
الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي
حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن
وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك
ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا
ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة
وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم
لم يعمل بتلك الشهادة ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى
ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك
في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى
قبل الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز
بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي
بالنص فلا تتعلق به البداية ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة
وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة
الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر الصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي
الى ان يطوفه ثم قيل يبتدي المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر هو المراد ولو ركب اراق
دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي عليه واذا قربت والرجل
ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه المشي ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك
فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه
كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها
فكذا المشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري
بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون للمشتري واذا كان له

ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع من غشيانها وذكر في بعض النسخ
او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه
يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحليل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما
لامر الحج

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب
والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء
شرعا دفعا للحاجة وينعقد ايضا بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل
ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على
ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال
الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج
للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب
لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد
بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب
لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين
رجلين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في قذف قال المصنف اعلم ان الشهادة
شرط في باب النكاح لقوله عم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد
ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا
ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط
وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات
ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة
من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا
لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا
وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت

ثمرة الاداء بالنكاح لتحقيقه فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع
في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة
شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة
تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما
والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة
رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا او معبرا
فبقي المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا
وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة
لم يجز

فصل في بيان المحرمات

لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته
من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة
او ثبتت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وان سفلت بالاجماع ولا
باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها
في هذه الاية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان
جهة الاسم عامة ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول
ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر
الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفي في موضع الاحلال بنفي الدخول ولا بامرأة ابيه واجداده
لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين
من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه
من الرضاع ولا باخته من الرضاع لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين
وان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ

وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب
من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع
وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه
وبينهما لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل
لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية
للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحق
ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على
خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها الحديث وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما ايتهما كانت رجلا لم يحل له ان يتزوج الاخرى لان الجمع بينهما
يفضي الى قطيعة الرحم والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع بينهما
يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لانه لا قرابة بينهما
ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لم يحل له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة
الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة
حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور
ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها
كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء
محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها
وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره
بشهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط
ثم المس بشهوة ان تنتشر الالة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق
ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين
انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في دبرها واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له

ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلث يجوز لانقطاع
النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم
لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب
على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق
الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح
ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على
الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف
ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج
المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولا الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يومنون بدين
نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز
مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده
وعلى هذا حال ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز
وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم
تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال
الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض
الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق
لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا
الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي
في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره
في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة
عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان
تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما

لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح
الحرة باق من وجه لبقاء بعض احكام النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل
غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال
الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها
اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح
بمنزلة الحر عنده حتى يملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا
اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي
عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت فان تزوج حبلى من زنا
جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح
فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل
وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة
الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج
حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل
لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين
الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطي جاريته ثم
زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه ان يستبريها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها قبل ان يستبريها لانه احتمل الشغل
بماء المولى فوجب التنزه ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يومر بالاستبراء لا استحبابا
ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذلك اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها
قبل ان يستبريها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبريها والمعنى ما ذكرنا ونكاح
المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان

مباحا فينبغي الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس صح رجوعه الى قولهم
فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال
زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود
للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد
ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة واحديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل
نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة وعندهما يقسم
على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها
القاضي امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه ان يجامعها وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي لان
القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة
عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر
واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك
المرسلة لانه لا في الاسباب مزاحمة فلا امكان

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند
ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد
موقوفا وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده
والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص
حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في مالها ولها اختيار الازواج وانما
يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن
للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع
لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي
له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير

امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل
بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصارت كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق
برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها واذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عم البكر تستامر
في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن
الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت
كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاء واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا وان فعل ذلك غير الولي يعني استامر
او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة
على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان
المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة
لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها
فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا
يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر
واذا استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء
بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حراحة او تعنيس وحيضة
فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي
لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة
ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها
بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب
ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت
فالقول قولها وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار
اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمراة تدفعه فكانت
منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج

البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب
والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة
ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به
قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر المصالح الا بين المتكافئين عادة ولا
يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم
بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى
رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانها اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد
وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك
الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة
سبب لحدوث الراي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة
ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا
فيما تقدم قوله عم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح
كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة
فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه
برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام
على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا
بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل
الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام
والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير ويشترط
فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر
والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها

ولهذا اختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح
فسكتت فهو رضا وان لم تعلم فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف
الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل
بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها
الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر
المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل
بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر
المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار
العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما
قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت
به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة
موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية
لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا
ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب
ولاية التزويج عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت
وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه
مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات
الصيانة ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها
جاز لانه اخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي

من لا ولي له وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج وقال زفر لا يجوز
لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث
هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع
برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ولو زوجها حيث
هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا
منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل
إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة وهو اختيار القدوري وقيل أدنى مدة السفر لأنه
لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع
رأيه وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها
فالولي في نكاحها ابنها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن
ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم
مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال ع
ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين
عادة لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لأن الزوج
مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا
بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لأنه يقع به التفاخر فقريش بعضهم
أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض والأصل فيه قوله عم قريش بعضهم أكفاء لبعض
بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل
ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد إلا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة
كأنه تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون
بالخساسة وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء يعني لمن له آباء فيه
ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب
بالأب والجد وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن أسلم بنفسه

لا يكون كفؤا لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام والكفاءة في الحرية
نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة
وتعتبر أيضا في الدين أي الديانة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر
والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد لا يعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى
عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى السوق سكران ويلعب به الصبيان لأنه
مستخف به وتعتبر في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية
حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤا لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة
قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا وعن أبي يوسف
أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه
فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر
على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف لا تعتبر لأنه
لا ثبات له لأن المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة
في ذلك روايتان وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه
الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر أن الحرفة
ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة إلى النفيسة منها وإذا تزوجت المرأة ونقصت
من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح
بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن
أسقط حقه لا يعترض عليه كما في الإبراء بعد التسمية ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون
بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به
وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك
عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة
إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة

بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع
ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح
مقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما
ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رض وهذا عند
ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة
فلا يجوز

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج
ابنة عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد
بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يصلح ان يكون مملكا ومتملكا
كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل
ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه
بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين
فلا يحتاج الى القبول وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان
رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد
صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها
باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف
صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه
ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل
وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي
قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت المرأة نفسها غائبا
فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب و
اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل
جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف فصار كالخلع
والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة

وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه
الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم
فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما
لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم
الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير ان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة
رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف
وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار
الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة
في التزوج بالكفو

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا
لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل
فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك
واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير
اليها ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر
وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل
لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا
بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية
لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول
بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعند زفر تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما
زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت
ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة
متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها
سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

تعالى وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه
ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة
البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على
الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب
من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس وقوله
من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل
والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على
نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا
ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعلى قول
ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا
ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد
بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة
خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط
بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تنتصف مع الاصل لان التنصيف عندهما
يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه
من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس
هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي لها نصف المهر لان المعقود عليه
انما يصير مستوفا بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك
وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان
او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها
نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل
مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء

والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان
كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا
القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة
بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر
عند ابي حنيفة وقالا نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة
ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به وعليها العدة في جميع
هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال
حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان
شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام
التمكن حقيقة وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها
قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت
صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقه المتعة
لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة
لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع
الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه
الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الاخر بنته الزوج
او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي بطل العقد
لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب
ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة
بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها
وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته سنة جاز
ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصح اخذ العوض
عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك تتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة

حر آخر برضاه وعلى رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا
المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة
الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر
برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه
وبامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع
في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار
كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست
بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم
يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف
فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة
عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر
مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق
وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا يبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه
وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف
السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت
الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع
عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع
عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف
ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما
بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه فوهبت له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب

يتنصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من
جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا
باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب
لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت
عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط
فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى
ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية
مع الالف وان تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف
وان اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا
الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان
جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسألة في الاجارات
في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى
ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان
اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس
في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى
مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق
على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية
وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان
اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق
قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها
على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء
اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على حمار
او فرس اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب

مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمّى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد
معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية
والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى الوسط معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل
على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وساطة لاختلاف معاني الاجناس
وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط
لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب
غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب
اجناس ولو سمى جنسا بان قال هرويا تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب
في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون
صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا قال وان
تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح
النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى
ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر
مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب
قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة
يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه
تزوج على خمر وحر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد
بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق
بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انه يعرف الماهية
والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد
لاختلاف الجنس ولو اشترى فصا على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس
وفي مسئلتنا الحر مع العبد جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان

لفحش التفاوت في المقاصد وان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي
اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال
ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما
فتجب قيمته وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها
اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد
قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع
البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها
مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما
يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب
الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته
وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه
وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه
والاقامة باعتباره ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود لها
مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر
في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها
بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان يتساوى المرأتان
في السن والجمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا
يختلف باختلاف العصر والدار ويعتبر التساوي في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي
المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها
او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة
وكذا يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي

سفر ومعتق في النكاح وفي البيع عاقدبما شرحتى ترجع العهدة عليه والحقوق فالبه وفيصح ابراوه عند ابي
ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلوصح الضمان بصير ضامنا لنفسه ولانه قبض المهر للاب بحكم الابوة لا
باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه وللمراة ان تمنع نفسها
حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها لتتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل
وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر
كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله موجلا
ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل
فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا دخل برضاها حتى لو كانت
مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها
برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية
الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وله انها منعت
منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم فلا تخلي عن العوض ابانة لخطره والتاكيد بالواحدة
لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار
مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا
اوفاها مهرها نقلها حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير
بلدها لان الغريب يوذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر
فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول
بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق
وقبله الا ان ياتي بشي قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المراة تدعي الزيادة
والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشي يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع
البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شي من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول
من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح
وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر هنا ان بعد

الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع
الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم
كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ
في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون
فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل
وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الالفين
فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام
البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي
الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا تجب الف
وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك
ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر
القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما
لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول
قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة
وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم مهر المثل عنده بعد
موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان معا وقد سمي لها مهرا فلورثتها
ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمي لها مهرا فلا شي لورثتها عند ابي حنيفة وقالا
لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى
دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك
واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات
احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن
بعث الى امراته شيا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج لانه هو المملك
فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب الا في الطعام الذي يوكل

لان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيئا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول
قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر
يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك
في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان
في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها
ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين
ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم
ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين
بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام
متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما
يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم
باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان
كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب
او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح
ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها
الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر
القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين
وقال محمد لها القيمة في الوجهين لهما ان القبض موكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد
فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة
العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذلك هنا ومحمد يقول
صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا
هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد
ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام

كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري
لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير
لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى
انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها
فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك
الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ
نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة
اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج
عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون
اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج
العبد باذن مولاه فالمهر دين في ذمته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه
من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب
الديون كما في دين التجارة والمكاتب والمدبر يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان
النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج
العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد
ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد اذ هو ادنى فكان الحمل عليه اولى
وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح
فتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع
في المهر عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الجائز
والفاسد عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد

حاصل وصولك التصرفات وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد
في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة
اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة أسوة الغرماء
في مهرها ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه أن سبب ولاية المولى ملك الرقبة على
ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودا إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب
لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة
الغرماء ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج
متى ظفرت بها وطئتها لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة إبطال له فإن بوأها معه
بيتا فلها النفقة والكسوة وإلا فلا لأن النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها
ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رح ذكر تزويج
المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح
وعند الشافعي لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لأن النكاح من خصائص الآدمية
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف الأمة لأنه مالك منافع
بضعها فيملك تمليكها ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأحرار
تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها
عند أبي حنيفة يعني لمولاها وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لأن المقتول
ميت بأجله وصار كما إذا قتلها أجنبي وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما
إذا ارتدت الحرة والقتل في حق أحكام الدنيا جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا
في حق المهر وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره
بالردة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق
أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا
حتى يجب الكفارة عليه وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة وعندهما

لا إذن لها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها
كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية أن العزل
يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وإن تزوجت أمة بإذن مولاها
ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا لقوله عم لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري
فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا
وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك
رفع أصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم أعتقت وقال
زفر لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة لأنه
لا يعتبر رضاها ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها قرآن
وطلاقها ثنتان وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح لأنها من أهل العبارة
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك
كما إذا زوجت نفسها بعد العتق فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف درهم ومهر مثلها مائة
درهم فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى وإن لم يدخل
بها حتى أعتقها مولاها فالألف لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد
بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر
بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرا واحدا ومن
وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب
ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء
غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير
قيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه وكل ذلك
غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه
العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية
المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها أباه فولدت منه لم تصر

أم

ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك
الاب الا ترى ان الابن يملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات
ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح
صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولده ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه
لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه واذا كانت الحرة تحت
عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله انه يقع العتق
عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه
طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق
عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه
فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت تمليكا
منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه
عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
هو والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان
عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن
اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير
ينوب عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز
ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض
لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقالا في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني
كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا
فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانت
ملتزمة لهم وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات
ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة

حقا

حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة
والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة
واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم
عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح
الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق
بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة
صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو
ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا
كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها
ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه وان كان احد الزوجين مسلما
فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله
تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته
وحل ذبيحته لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا
الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان
ابى فرق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا
وقال ابو يوسف لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض
الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل
الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد فيتاجل الى انقضاء ثلث حيض كما في
الطلاق ولنا ان المقاصد وهي الملك والازدواج وقضاء الشهوة وغيرها قد فاتت فلا بد من سبب
تبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام
او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون

طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام
فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المراة فليست باهل للطلاق فلا ينوب
منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول وان لم يكن
دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المراة
في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض
ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية
ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق
بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة
والمراة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما وسنبين ذلك
ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء
فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال
الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي تقع
فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع
الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفاء
للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين
حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فاشبه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح
ابتداء فكذا بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي
لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة
عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة قد وقعت بعد الدخول في دار الاسلام
فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك
الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة
انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب
فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين

عن الاسلام والعياذ بالله وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على اصله
في الاباء وابو حنيفة فرق ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق
رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان
على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها
كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم
يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة جاءت من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما
استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي
ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا
لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه
مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امراتان
حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى
ثيبا لقوله عم من كانت له امراتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن
عائشة رضه ان النبي عم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك
فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والجديدة والقديمة سواء لاطلاق
ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور
الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة
لانها تبتني على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة
الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق
والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم ولا حق لهن في القسم حالة السفر
فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم كان اذا اراد السفر اقرع بين نسائه الا
انا نقول القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراة عند مسافرة

الزوج الاترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه
بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك نصيبها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة
سالت رسول الله عم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت
حقا لم يجب بعد فلا يسقط

باب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره
اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
الاية وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية
الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود
بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا
عند ابي حنيفة وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول
من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فتقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله
ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عم لا رضاع بعد حولين
وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد له
من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت
بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث
محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع
لم يتعلق به تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير
لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع
النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء
الادمي ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه
يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف
الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطي امها حرمت

عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها
كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وامراة ابنه بدليل قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر
الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بينا ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة
صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن
ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها
لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عم لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك
افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا
ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل
الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي
واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا
يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعتها لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج
الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن
هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه
حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان
اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة وقالا اذا كان اللبن غالبا
تعلق به التحريم قال رضه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا
لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغير شيء عن حاله ولابي حنيفة ان الطعام اصل واللبن
تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي
بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه
اذ الدواء لتقويته على الوصول وان اختلط اللبن بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب
لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم
باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال
وزفر يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود

وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق
به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به
صبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها
بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية
وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما
اما الحرمة في الوطي فلكونها ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن
لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر
ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشو
ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا
لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور
ممن تتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي
والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا
على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم
يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر
لان الفرقة جاءت لا من قبلها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط
حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد
فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية
لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها
مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان
الافساد ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف
لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية
اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها
قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة

بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد
الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق
الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة
لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان
حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته
تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رض كانوا يستحبون
ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وكان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل
امرأته ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة
والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك انه بدعة
ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت
بالواحدة ولنا قوله عم في حديث ابن عمر ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو
الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر
احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد
فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع
حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل
العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به
المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي
في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها
والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا

بإيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الأصل إنه أخطأ
السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة
إلى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة
في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت
في حق المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل الحاجة وهو الإقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيه وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة
وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر
هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل
مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن
يطلقها للسنة ثلاثا طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى
لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إلى أن قال
واللائي لم يحضن والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض
لا بالطهر ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة وإن كان في وسطه فبالأيام
في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان
بالأهلة وهي مسألة الإجارات ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر
يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان ولنا أنه
لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار أن عند ذلك يشتبه وجه العدة
والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير
معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب
الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق
أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل
تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة إلا واحدة لأن الأصل
في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها

فصار كالممتد طهرها ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة
وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها
لأن العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل وإذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا يعدم مشروعيته ويستحب
أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع
والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر
ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهي العدة ودفعا للضرر بتطويل العدة قال فإذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي
أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة
وما ذكر في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة
والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل ووجه القول الآخر أن أثر الطلاق
قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال
لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل
طهر تطليقة لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة
أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح
نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سني وقوعا من حيث إن وقوعه
بالسنة لا إيقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وإن كانت آيسة أو من ذوات
الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق
ذوات الأقراء على ما بينا وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا بخلاف
ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث
إنما صحت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه
فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

فصل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز

ان طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره
واقع خلافا للشافعي هو يقول الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه
مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته
دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار
الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي
انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج
والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال
عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة
فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق
الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال
الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان
صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته
اكثر وابلغ واكمل ولنا قوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية
نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتاويل ما روي
ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة حرة وطلقها وقع طلاقه عليها ولا يقع طلاق مولاه
على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة
وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل
في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال
وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق
عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو
نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد
وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص

ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانه غير مستعمل فيه عرفا فلم يكن
صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل اللفظ
فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا
على التمييز ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده
وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر
محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت
طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية
وان نوى الثلث فثلث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده
يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى
فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى
هذا لو قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه
صريح في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه
اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا
لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول
نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية
اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان
وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق
واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق
فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع
الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق
او عنقك او وجهك وبدنك او جسدك او روحك او فرجك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما
الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت اعناقهم
لها خاضعين وقال عم لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب و

او روحه يعني نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال هلك دمه ... النفس ... وكذلك
ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال
يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين
لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح
فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف
ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق
الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها
وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة
النكاح اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا
للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يقع لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها
نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى
كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق
ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة
ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل
يقع ثلث تطليقات لان كل نصف تطليقة يتكامل في نفسها فيصير ثلثا ولو قال انت طالق ما
من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين
واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية هي ثلث
وقال زفر في الاولى لا يقع شي وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت
المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو
الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي
من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون
سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه

الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى
واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين
ونوى الضرب والحساب فهي واحدة وقال زفر ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب
وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف
الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين
وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي
اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال
ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا
مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا
الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل
وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال
في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به
اذا دخلت انت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت
طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق
بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق
في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به اخر النهار يصدق ديانة لا قضاء لانه
نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم
يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم
كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال
الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين
في القضاء عند ابي حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد

فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيّنا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف
في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية
لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها
بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله
لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم
لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل
ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح وعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج
ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا
ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان
اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم
او يصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت
طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة
متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا
اي وقت الحياة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس
عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم ات البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق
اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت
لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا
يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت
لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رح انه يستعمل
في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان
اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف
مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج

والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت
يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه اذا كان موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعا
ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله
انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة
حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى اصله اذا حلف
لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في باب الايمان ان شاء الله
تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به
بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق
ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل
عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو عنى به بياض النهار
خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض
خاصة هو اللغة

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا
ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ونوى الطلاق فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول
ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطئ كما يملك هو المطالبة
بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا
اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها
هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك
ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم
لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت
طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان الكل

ههنا قوله الكل فعن محمد روايتان نحمل انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي
فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل
الايقاع وههنا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول
بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغى ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة
انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر وان كان الواقع ما كان العدد
نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء
لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا
ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة لما فا بين الملكين
اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري
ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي
قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكها او شقصا منها لا يقع
الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة
هناك حتى حل وطيها له ولو قال وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها
مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما
يكون معدوما على خطر الوجود والحكم يتعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان
في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق
او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها
وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقي شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر
كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى
الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له
حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها
يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق المولى به
وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة

مع الفصل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهما
تعذر عدتها بثلث حيض وهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي
امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق
باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط
وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه لما قاله لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه
علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع
تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عم الشهر هكذا وهكذا وهكذا
الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع
بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى
الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى
ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة
لانه لم يقترن الاشارة بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق
بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي
يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان الوصف بالبينونة
خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله
الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين
ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى
الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع
تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا انت طالق افحش الطلاق
لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال
الطلاق او اسواه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة
فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة

انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد
من النية وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف
قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لما قلنا وقال
ابو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحده ولو قال انت طالق اشد الطلاق
او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن
لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي يحتمله وانما تصح نية الثلث لذكر المصدر واما
الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به
القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية
لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث
فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي
شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف
ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون للتوحيد
على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف
بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف
وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق
تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه
وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها
رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن
جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل قوله
انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره

حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي بائنة وكذا اذا قال انت طالق
واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت
قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل
ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذا
يجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة
وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية
كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا
كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه
فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية
والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق
واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية
فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال
ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان البعدية
صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت
طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف
في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لا محالة وفي المدخول بها
يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
واحدة وواحدة فدخلت الدار وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا يقع ثنتان ولو قال انت
طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت الدار طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو
للجمع المطلق فيقعن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران
والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة
بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة
ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الاختلاف فيما

ذكره الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

فصل في الكنايات

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال
لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته وهي على ضربين منها ثلثة
الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهو قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة
اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته
فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه
تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل
ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب
الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق
وغيره تحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان
مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفي قوله واحدة ان صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح
لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال رضه وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت
واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت
بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي
واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية الا ان يكونا
في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا
ان ينويه قال رضه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال
ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات
ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة
ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة
مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة

حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال الطلاق ويصدق فيما
يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد
وهو الادنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما
يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق
فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك
وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن
بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات
عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان
تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة
على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها
بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين
احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما
يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا يصح
نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال اعتدي اعتدي اعتدي وقال
نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه لانه يامر امراته
بالاعتداد في العادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه
لما نوى بالاولى طلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة
فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه
وبخلاف ما اذا نوى بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند
الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق
مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال الرجل لامراته اختاري ينوي بذلك
الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت

منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعة المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس يتبدل تارة بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة ولانه يملك من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الاخر ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله والنبي عم اعتبره جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري

اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه وان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لان الهاء للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد تقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

ولو قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك تقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة تملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمل فيتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدا ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا

يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر
واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل
ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا
ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع
وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذلك اذا اختارت
زوجها برد الامر لان المخير بين شيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف انه
اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف
ما تقدم وان قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل
فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد عرفناه
من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما
لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف
براي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع
يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه
معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع
لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ
في عمل اخر على ما بيناه في الخلع ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض
اذ القيام يفرق الراي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل اخر لان المجلس قد يطول
وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير
وقوله ما لم تاخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت
قائمة فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للراي وكذا اذا كانت قاعدة
فاتكات او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا وصار
كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضه وهذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت
قاعدة فاتكات لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الصحيح

ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت ادعو ابي استشيره او شهودا
اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار
فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت
بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف
اليها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة
رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه
افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا
تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض
اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة
امة لانه جنس في حقها ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت
نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت
نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت
فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي
تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق
الا ترى انه لو قال لامراته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي
فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله
طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض
اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين
لانه تعليق الطلاق بتطليقها والتعليق يمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك
بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو قال لها
طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات
كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت وان قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس

ويعده ولها ان ترجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي
نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس
خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه
لانه يتصرف عن مشيئة فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه
بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئة والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله
ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع
الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة
وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة
انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة لا مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث
غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكان بينهما مغايرة
على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها
ملكت الثلث اما هاهنا فلم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك
الرجعة فطلقت باينا او امرها بالباين فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول
ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة باينة
فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل
ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة باينة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية
فتقع باينة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها
بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع
بالصفة التي عينها الزوج باينة وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة
لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد
الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة
لان مشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشيئة الثلث
مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت

فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة
وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع
الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا
طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ
اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت
ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الآتي به مشيئة معلقة فلا يقع
الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط
كاين تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت
الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات
كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق
في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة
لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق
واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى عندهما سواء وعند ابي حنيفة ان كان يستعمل للشرط
كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال انت طالق
كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما
توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج
آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة
واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال
لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة
لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق
المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب
اعتباره خصوصا او عموما ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة باينة او ثلثا وقال الزوج نويت ذلك

فهو كما قال لانه عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وبين ارادة الزوج اما اذا ارادت الثلث
والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تغيرها لعدم الموافقة فبقي
ايقاع الزوج وان لم تحضر النية يعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضه
في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا
وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق
اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول او بعده وله
ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله
ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما
يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت
الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال طلقي
نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة
وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل
على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة
ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهد به ترك التبعيض لدلالة
اظهار السماحة او لعموم الصفة انه وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب
النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق
وقال الشافعي لا يقع لقوله عم لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده
وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف
كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت
الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان

ويتأتى ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين الامرين
والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة الى الملك لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان
دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه
الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى
ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة
ان صرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس فيها شرط حقيقة
لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق
الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر وفي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط
انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا
بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية
ومن ضرورة التعميم التكرار فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع
شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط
وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما
تزوجت امرأة فهي طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لان انعقادها باعتبار ما يملك
عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم
يوجد الشرط فبقي اليمين والجزاء باق لبقاء محله فيبقى اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه
انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين
لما قلنا وان وجد في غير ملكه انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية
وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك
بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان
الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت
طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها

اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها
بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت
طالق وعبدي حر فقالت احبه او ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك وعبدي حر فقالت
احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها
اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق
غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى
يستمر الدم ثلثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بوقوع الطلاق
من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة
فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه
في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت
حين تغرب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار
بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته
اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما
وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة
بوضع الحمل لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع
اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها
بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذن في حال يقع واحدة وفي
حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة
منقضية بيقين كما ذكرنا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها
فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا
مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه المسئلة على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك
فيقع الطلاق وهو ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك
فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك

وهي مسئلة الكتاب والخلاف فيه لزفر اعتبارا للاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا
ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب
الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال
بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج
الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي
وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق
ثلثا وتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث
لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات
هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال
لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر
وان اخرجه ثم اولجه وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه
اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد ووجه الظاهر
ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولم يوجد الادخال بعد الطلاق ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا
اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس
والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا
يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا
بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله
متصلا به لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث
عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل وجود الشرط والشرط
لا يعلم ها هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وكذا
اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب
دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت
ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه
انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة دراهم
فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه
لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان موصولا به كما ذكرنا
من قبل فاذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة
ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثنى الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته
وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض
موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر
عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه
بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه
خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت
منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت طلقني
للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان
حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها
بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقالا يجوز اقراره
ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسألة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق

وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع
الزكاة فيها وكذا في التزوج اختها بخلاف المسألة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم
يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الاولى ولابي حنيفة في المسألتين
ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان
قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بالزيادة على ميراثها وهذه
التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة
والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق
امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك
الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها
بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال
لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب
وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه
السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم
ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات
في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش
بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا
صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق
الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما
ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو
اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل
فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد
الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة ا

والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان
ايقاعا في المرض قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا
عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود
قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق
الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان
التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك
وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فهي فارة لانها مضطرة
في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار
واما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان
كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع
بعد ما تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة
فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات
لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا
نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فلم يتعلق به حقها
بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه
وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت ووجه الفرق انها
بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة
ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام
النكاح لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لا تثبت
الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت
وقال محمد لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل
لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى

وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء
في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد
ذكرنا وجهه والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث فيه في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل
النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين
فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل
ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق
الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او
راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة او يطأها او يقبلها او يلمسها
بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه
لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هي استدامة على ما بيناه وسنقرره
من بعد والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح
وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح
كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها
في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين
وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه
استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها
تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة
وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت
راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك
انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي
مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت

مجيبة قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة
اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت
عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضا
لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله
حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على هذا الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره
بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها
وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان بضعها
مملوك له وقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة
يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول
قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى
فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام
العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت انقضت عدتي وقال الزوج والمولى
لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة
الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع
حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت
من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت
الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع
وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا
تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام
ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا
الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام
الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ

ليتقرر حكم جواز الصلوة فان اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا
فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضه وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم
الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط
فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف
ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو
لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه
وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله ع
الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت
الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع
الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد
قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها واغلق
بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه
فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم
المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها
ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضا
العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني
يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام واذا قال لها اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر
وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول
ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء
العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة

فالولد الثاني رجعة وكذلك الولد الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حايل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قايم بينهما والرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يوذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع نظره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشيها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمنا والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه لان الزوجية زايلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قايمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يوذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق باينا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة

كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زايد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يومر به تخلقا ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها بعد وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا لها ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب الظن انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى والله اعلم

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك او قال
لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى الذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان
وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء
لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي
تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو
المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية
فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت
موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه
لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء
فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها
فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت
بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء
طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية
لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر
لم يكن موليا لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها
في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما
ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدا
وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم
تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف
الاستثناء الى اخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة
اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر

لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار
موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه
يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق
فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة
وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه
البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق
ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان الى من المطلقة الرجعية كان موليا
وان الى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون
من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال
لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه
وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة
في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة ولو كان
المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع مثلها او كانت بينهما
مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال
ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حانثا
ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق
ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء فصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة
بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما
انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا
فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في باب الايمان
ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله
فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل
ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات باين الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا ولانها
لا تسلم المال الا ليسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها
عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه
اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها
اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عم
في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذا اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة
وقد ترك في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق
ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمراة تملك التزام
المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص
وكان الطلاق باينا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك
هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة واذا بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المراة المسلمة
على خمر او خنزير او ميتة فلا شي للزوج والفرقة باينة منه واذا بطل العوض في الطلاق
كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض
كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب
للزوج شي عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى
للاسلام ولا وجه الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا
لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد
لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير
متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه فيه

انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى
ايجاب المال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان
يصلح عوضا لغير المتقوم فان قالت خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شي فلا شي له
عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من المال فخالعها فلم يكن في يدها شي
ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى
وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به
على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن
في يدها شي فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض
لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه لم تبرا وعليها تسليم
عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط
البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح وان
قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت
كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض
والطلاق باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شي عليها
عند ابي حنيفة ويملك الزوج الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة
الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط
قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان
شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتديا
فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة
لم يقع شي لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف
لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت
وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان قوله بالعوض

يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله
والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق وعليك
الف فقبلت او لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شيء عليها عند
ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الف اذا قبل وان لم يقبل لم يقع الطلاق
والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم
بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال
ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه
ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان
للزوج وهو جائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان لم ترد طلقت
ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف
درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ
من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع
حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه فيمين حتى
لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق
مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول
قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد امس بالف درهم فلم تقبل فقال قبلت فالقول
قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط
لصحته بدونه واما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه
والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح
عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة
في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان
ان المبارأة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة
الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام

ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بالاطلاق
في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع
في حالة الخروج غير متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع
المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق
مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر
بالتعليق بساير الشروط فان خلعها على الف درهم على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب
لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية
الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق
لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا
اذا خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل
الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط
ويلزمه خمسماية استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول
على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسماية زايدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به
عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

واذا قال الرجل
لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا لمسها ولا تقبيلها حتى يكفر
عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير
مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحايض
والصايم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام
فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله
للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء اخر واجبا لنبه عليه
وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن

من الانسان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه
المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا لو شبهها بمن لا يحل له النظر
اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام
وكذلك اذا قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك او بدنك لانه يعبر بها
عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع
الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت به الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال
اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية
وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم
يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا
لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف
هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام
كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق
لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار
والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة
وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون
ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار
فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته
لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا يلحق بالمنكوحة
ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها
ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول
والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك
ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا
اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة

فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب وكل ذلك
قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه
منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا وتجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة
والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك
من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله
كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة
ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان
الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى
يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة
بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة
المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس
المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع
اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجزي مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما
يفوت جنس المنفعة ولا يجزي المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان
فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد
لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه
يكون ببدل وعن ابي حنيفة انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف
امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي له
انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولهذا قوله عليه السلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم
من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد

لان العتق في حق الحمل بجهة الكتابة لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه
او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها عندنا وقال الشافعي لا يجزيه وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة
تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة
باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ويجزيه عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا للكل
العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان
ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين
والنقصان تمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة الاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة
اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين
فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة
لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل
بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس وان لم يجد المظاهر ما يعتق
فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق
اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجب
الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر
منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد الصوم به وهو الشرط وان كان تقديمه
على المسيس شرطا فيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط
في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به
فيستانف وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف الصوم لفوات التتابع وهو قادر
عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير
بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وان لم يستطع

المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين
نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير او قيمة ذلك لقوله عم في حديث اوس بن الصامت
وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر
بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين
من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه
لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم
جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا
لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو
حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي
صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي
كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام
وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود
سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا
في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل
لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة
لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى
ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق
او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه وان اطعم
عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء
بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية في الجنس والمؤدى يصلح كفارة واحدة
لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عن واحدة كما اذا نوى

اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجب
عليه كفارتا ظهارين فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها اجزاه عنهما وكذا اذا صام اربعة
اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة فان اعتق عنهما
رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز
عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما
في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق
عن كل ظهار نصفها لعبده فليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده
ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس
في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين في قضاء رمضان عن يومين
اجزاه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التعيين

باب اللعان

اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة
والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل
ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه
ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون
من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن
هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف
وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة
لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال
ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا
لان الاصل في النسب هو الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر
الملحق ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو

ويكذب نفسه ليرتفع السبب فلو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدئ بالزوج
لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة
على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه
الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة
في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان
لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط
الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عم اربع لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه
الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي
بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا
ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا
وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه
ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا
لانه اقطع للاحتمال ووجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع
الاحتمال فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه
تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه
التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن كذبت
عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند
ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه
عندهما وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد
ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين

ولم يبق المتلاعن ولا كهم بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه
وصورة اللعان فيه ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي
الولد وكذا في جانب المراة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد
ويلحقه بامه لما روي انه عم نفي ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا
اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضا بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق
ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج
واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه
لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به
لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امراته وهي
صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفهما لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه
مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به
اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة
والحدود تندرئ بالشبهات واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة
وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به
لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا
اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف
لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا
صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عم نفي الولد عن هلال وقد قذفها
حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول
على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي
تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب
وقالا يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا
بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه

مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياع متاع الولادة
او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي
ذكرناها على الاصلين واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما
لانهما توامان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف
بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما منه لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار
بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هذا

باب العنين

اذا كان الرجل عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل
اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود ولان الحق
ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة
معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين
ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع
ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة
بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن
بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة
لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمراة في الوصول اليها
فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة
ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي
بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل
سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يؤجل كما
يؤجل العنين لان وطيه مرجو فاذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج
فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله

بيمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها
وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك
في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه وان كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج
وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء
حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء
اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق
التمكين وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع
الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة
لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم

باب العدة

واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت
الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقرا لقوله تعالى والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف
عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض وقال الشافعي
الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة
للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع
في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عم وعدة الامة حيضتان فيلتحق
بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عم طلاق الامة
تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين
واليه اشار عمر رض بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر
ونصف لانه متجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله

تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام
لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى
نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها
ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة
بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب
عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع
بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امراته فعدتها على هذا الخلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع
لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت
الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت
وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة او الموت وان كانت
آيسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة
بالحيض ومعناه اذا رات الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن
خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق
الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل
والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة
الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها
ثلث حيض وعند الشافعي حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء
ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر فانه قال عدة ام الولد
ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امراته
وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عدتها اربعة

اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما
اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات
الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء
حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة
بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم
امرأة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان القائم عند الموت حكما
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه
في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق
لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا تنتقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى
وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة
الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان
لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى
العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت
بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء
العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى
مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها
من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة
المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر
من اخر الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة
الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم
لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه
ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج

كان

كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق
الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها
عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد نصف المهر وعليها تمام العدة
الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى
انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه
كما لو اشترى امرأته ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي
اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق بهذا
في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا
انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود
والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا
عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم
وقد بيناه في النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه
قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب اخر وجبت العدة فكذا اذا وقعت بسبب التباين بخلاف ما اذا
هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث
وجبت كان فيها حق بني ادم والحربي ملحق بالجمادات حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا
لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول
اصح

فصل

وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد
اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت
فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي
لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها
بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب
ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة

انقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما
لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع
الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه
الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة من النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم
وقد صح ان النبي عم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه
زينة للشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو
اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا
لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحنا لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا
بعصفر ولا بزعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق
الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله
تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته
وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف
والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا
معروفا وقال عم السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان تقول اني اريد ان اتزوج وعن
سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة
الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض
الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة
الحد عليهن واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب
المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال
زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت
حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى

حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي
تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها الزوج كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عم
للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت
لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها
الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد
ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس به لانه معترف
بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت
اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق
عليها المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات
عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج
معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي
او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها
من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج الا ان يكون طلقها او مات
عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا
لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة
امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة
ذلك فلما حرم عليها الخروج الى سفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر
من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت
النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق وكان العلوق قبله في حال النكاح والتصور
ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتاكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت

لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق
في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة
لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة
يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق
فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين
من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام الا ان
يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة
فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل
واطيا في اخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها
ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به
بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور
لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بيناه في الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل
لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد
لاقل من ستة اشهر يعني من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان
جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ
باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا
ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل

الزوج

الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة
تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد
فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل
والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان
ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت
معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم
جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب
هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط
لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت
تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم
تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة
اشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان
جحد الولادة ثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب
يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه
فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر
فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف
وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة
لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو
الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحنث ولا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن
ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل
طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة
لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه

وهو الولادة ولانه اقرب الى الامومة فيقبل قولها في رد الامانة واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رض
الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله
ثلثون شهرا ثم قال تعالى وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع
سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج
امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم
يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى وفي الوجه الثاني
ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا
بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت
حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرى ومن قال لامته ان كان في بطنك
ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك
بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امرأته
وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم
يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها
ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة
انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق
بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله عم ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء
وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق
عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رض بقوله ريقها خير له
من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون
متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة
فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن

فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للاولاد
فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث
وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عم الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه
على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل
الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات
قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولان
زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر الا ان تكون الجدة اذا كان زوجها
الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم يكن
للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف
الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا
عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي الجامع الصغير
حتى يستغني ويلبس وحده وياكل وحده ويشرب وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة
على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى الادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب
اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام
والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء والمرأة على ذلك
اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع
الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية
حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا
لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا والامة اذا
اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق لهما
قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها
المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده

ولا خيار للغلام ولا للجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عم خير ولنا انه لقصور عقله يختار
من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث
قلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر لدعائه عم او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه
من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج قد تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه
عرفا وشرعا قال عم من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا واذا ارادت الخروج
الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب
الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه
كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج
في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن
ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان
يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر
الى المصر فلا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب
وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت
نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله ولينفق ذو سعة من سعته وقوله عم في حجة الوداع ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق
مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل
فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات
وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته

وجه الاول قوله عم لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف
اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات
فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين الى الميسرة ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه
على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا
في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت
الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت
الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج
لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة
لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق
بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك
عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض
واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة
في ماله لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة
في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه
وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت
الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن
ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها
هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها
وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكرا لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة
والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه
الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع عارض فاشبه
الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت

ثم قيل لا يجب لان التسليم لم يتحقق قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه وهو قوله فان منعت
في منزل الزوج ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا نفقتها ونفقة خادمها والمراد بهذا
بيان نفقة الخادم وهكذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح
الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه
لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر
يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان
موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح
خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة
امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق بينهما لانه عجز عن الامساك
بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة
اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا
بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود
وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت
الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار
ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضي به
تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج
عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على
مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا
يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء
لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض واذا مات الزوج بعدما قضي
عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات

تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط
بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة
اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها
نفقة ما مضى وما بقي فللزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا
عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما انه صلة
وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت
من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه
لا يسترجع منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين في رقبته يباع
فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه
في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة
لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر
امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها
لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد
التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته
الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة
وام الولد في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس
فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه
الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به
فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار
لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها
في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها
من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم
من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل

لا يمنعهم من الدخول والكلام لان في قطع القرابة والفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها
من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة
وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغايب واولاده الصغار ووالديه وكذلك اذا علم القاضي بذلك ولم يعترف به لانه لما
اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير
رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هاهنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المراة
فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغايب
فاذا ثبت حقها تعدى الى الغايب وكذا اذا كان المال في يد مضارب وكذا الجواب في الدين وهذا
كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان
من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند
ابي حنيفة فانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغايب واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر
لانه يعرف امتناعه فلا يقضي على الغايب لانه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغايب
لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم
بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا اخر حيث لا يوخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة
لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج وتحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغايب
ولا يقضي بنفقة في مال غايب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا
كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء
لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت
البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا
ضرر فيه على الغايب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف وان نكل فقد
صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل والمراة وعمل القضاة
اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة

اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى
في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي
فلان النكاح بعد قايم لا سيما عندنا فانه يحل الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت
قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك وهي مرتبة
على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص
وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا
والاحتباس قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب
النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر فانه
لا ندع كتاب الله وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت
رسول الله عم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت
واسامة بن زيد وجابر وعايشة ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج
بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى
لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيا فشيا ولا ملك له بعد الموت
فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل
ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصار كما اذا كانت ناشزة
بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة
من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست
نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا
ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت النفقة وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه
مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة
تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق **فصل**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة
لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس

على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة ولانها عسى لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق وكان نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه من المعروف ان يعيش الابن في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات

ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق مقصود له وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب وتجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

بالمعروف وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغر ولاية
ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه
الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر
على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر في ذلك اهلية الارث
لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب
نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها
تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها
بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب
فيما يروى عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل
على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه
للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة فصل واذا كان للابن الغائب مال
قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة
وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية
لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك
الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب
اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف
غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا
جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول
على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه نفقته لانه جنس حقه واذا كان للابن الغائب
مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء
على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن
لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان
امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به

واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة ومضت مدة سقطت لان النفقة تجب
كفاية الحاجة حتى لا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغنا فيما مضى الا ان ياذن القاضي
في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط
بمضي المدة

فصل

وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم
جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله تعالى فان
امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين ببقاء المملوك حيا وبقاء فيه ملك المالك
وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل
الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا
فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها
ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن
تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم
اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد
والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء والعتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط
الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا
ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقتك
وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقتك وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد
الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يعتق لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد
ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم واذا
قال لعبده او لامته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به
العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية
والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق
والبيع وغيرهما ولو عنى به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين

قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى
بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته
تصديقا له فيما قاله وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام
باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا ازاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه
لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك
او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه
الى جزء شايع يقع في ذلك الجزء وسياتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه
الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام
في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل
انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية
وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك
وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج من الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة
كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك
وهو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي
عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد
يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك
لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى
المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله نذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد
نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب
فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف
لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته ووجه
المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى
وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين

الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول
والثاني نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى
الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه
لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء
بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام
لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني
او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق
ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان
النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة
لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد
الاعلام ويروى عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لانه
لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة
والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق
وهو قول الشافعي لهما انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي
حنيفة انه محال الحقيقة لكنه صحيح مجازا لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك
سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا
ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه
تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف
ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه
وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطا سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه
يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع
وما امكن اثباته بالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه

ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي
قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا كلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب
وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق ما
نوجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان
المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح
وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي تعتق اذا نوى
وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم له انه نوى ما يحتمله
لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك
النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه
وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا
يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق
لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا
كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء
ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما
هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت
مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال
ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك
راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك حر عتق لانه اثبات الحرية اذ الراس يعبر به
عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن
رسول الله عم وقال عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة
بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه
القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال

ولهذا امتنع التكاتب على مكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولانه ملك قريبه قرابة
مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها
ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او
كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه
لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه
من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ
ايضا وهو قولهما فعلى هذا لا يمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع
لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما
عند الملك لانه تعلق به حق العبد فاشبه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل
العتق بعدمه في اللفظين الاخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل
كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة
الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط
فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما
عتق لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو
مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق
الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب
الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة
عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط الاعتاق فافترقا ولو اعتق
الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزام
على الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع
وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل
وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان

ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او
لاستهلاكه مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد
ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في الحرية كما يتبعها في المملوكية
والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول
الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو
قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق
والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو
ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي
الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية
لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب
ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك
يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل
للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القن
لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين
فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن
شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق
وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء استسعى والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار

والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما
تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما
في الثاني قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم
والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح
في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان
او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال
قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم
السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار
الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه
حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا
ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء
فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي
او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي
حالة الاعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين
لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى بالاجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته
او يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى
في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقال الشافعي في الموسر كقولهما
وفي المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لانعدام
ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار
الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد ولو شهد كل واحد
من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين

عند ابي حنيفة رح وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه
اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رح وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه
فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه
فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد الشيئين لان اليسار
لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما
لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال
ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى
الضمان على صاحبه لان اليسار مع العتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر
والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية
عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى
للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى
للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف
في جميع ذلك عندهما لان كل منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا
على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل هذه الدار فلان غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل
فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء
على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما
انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات
قبل التذكر والبيان ومبنى التفريع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق ولو حلفا على عتق عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه
بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له او المقضي
عليه معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه

اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه فالشريك بالخيار
ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب
نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف
اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف اذا اشتراه رجلان احدهما قد حلف بعتقه
ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرى القريب اعتاق فصار كما
اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه
كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرى لان
شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف
باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه
لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان
بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء
ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته
عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب
نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه
شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه
الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي
دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى
عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا
عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر
نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه
باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر

فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط خيار عتقه فتوجه للساكت ضمان تدبير المدبر
واعتاق وهذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر لكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى
جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك
وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد
من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على
ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من
دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد
عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد
افسد نصيب شريكه لما بيناه فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه
الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر واذا كانت جارية
بين شريكين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم
يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم
فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق
كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان
والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا
الاصل يبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع بها وطيا
واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر

المشتري ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة
على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفايت منفعة البيع
اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب
لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان
فيها تحقق في الحال وهو الحرية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه
لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها
عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم باب

عتق احد العبدين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم
خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول
ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك الا
في العبد الاخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت
وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف
غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا اخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف
بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه
فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت ثلثة ارباع ولانه
لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع
بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد
اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف
وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق
للداخل من قبل فيثبت فيه النصف فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح
ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى
ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ

سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة
ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى
في اربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام
الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام
العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخول
بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثه ومن مهر الداخلة
ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام
تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي
عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير
فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان
العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذلك اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح
والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب
والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا
لو وطي احداهما لما بينا ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة
وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة
فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة
وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق
غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطي يصادف المعينة
بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك
في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء
ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا
عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت

الغلام

الغلام اولا عتقت الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما
اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق
في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية
صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت
الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق
حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى
خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على
الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام
ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه
استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى واذا شهد رجلان
على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا
ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احداهن
وهذا بالاجماع وقالا الشهادة في العتق مثل ذلك ويؤمر بان يوقع العتق على احدهما واصل
ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما تقبل
والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة
واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول
لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق
عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه
لا تقبل عند ابي حنيفة وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن
تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة
على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق
احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد
الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية

والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يثبت
بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فكذلك
قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب اليمين في العتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق
لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام
الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا
ولو لم يكن في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال
الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول
ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا
لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين
احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك
المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول
الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا وفائدة التقييد بوصف الذكورة
انه لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي
في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا
يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان
الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال
كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده
وقت اليمين مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر
يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي
اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار
هو مدبرا دون الاخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي
الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده

بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك
او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير
مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي
حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير
كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد
وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال
والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك
بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال
فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله
لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول
العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف
بدل الكتابة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه
من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه
النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس
ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل
ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير
مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة
دون الكدية فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى
الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس
لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل
الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة
لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود

لانه لما علق عتقه بالاداء الا يحبّ علي دفع المال فيناله العبد شرف الحرية والمولي المال مقابلا
بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتي كان باينا فجعلناه تعليقا
في الابتداء عملا باللفظ دفعا للضرر عن المولي حتي لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق
بمكاسبه ولا يسري الي الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء
دفعا للغرور عن العبد حتي يجبر المولي علي القبول فعلي هذا يدور الفقه وتخرج المسايل كهذه
الهبة بشرط العوض ولو ادي البعض يجبر علي القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط
كما اذا حط البعض وادي الباقي ثم لو ادي الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولي عليه وعتق
لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء
في قوله ان اديت يقتصر علي المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان كلمة اذا تستعمل
للوقت بمنزلة متي ومن قال لعبده انت حر بعد موتي علي الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة
الايجاب الي ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر علي الف
درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام
الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس
باهل للاعتاق وهذا صحيح ومن اعتق عبده علي خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من
ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد قيمة خدمته
اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد
وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه علي الف درهم ثم اذا
مات العبد فالخلاف فيه بناء علي خلافية اخري وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولي علي العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية
عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول
الي الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولي فصار نظيرها ومن قال لاخر اعتق امتك علي الف درهم
علي ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء علي الامر لان من قال لغيره
اعتق عبدك علي الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال

طلق امراتك علي الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف علي الامر لان اشتراط البدل علي الاجنبي
في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني علي الف درهم
والمسئلة بحالها قسمت الالف علي قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر
بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء علي ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم
وهو البضع فلو زوجت نفسها لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول
وهي للمولي في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين **باب**
التدبير اذا قال المولي لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه
ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الي الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق
بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية
وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث
ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولي لوجوده في الحال
وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الي
زمان بطلان الاهلية بخلاف ساير التعليقات لان المانع من السببية قايم قبل الشرط لانه
يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية
الي زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة
وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك وللمولي ان يستخدمه ويواجره وان كانت
امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات
فاذا مات المولي عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الي وقت
الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتي لو لم يكن له مال غيره يسعي في ثلثيه وان كان
علي المولي دين يسعي في كل قيمته لتقدم الدين علي الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد
المدبرة مدبر وعلي ذلك نقل اجماع الصحابة وان علق التدبير بموته علي صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي

هذا او سفري هذا او من مرضي كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد
في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى
على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من
اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة
او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن
لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت
ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه
وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا
بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما
لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب
وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت
منه لم يعتق الزوج بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها
لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى
فانه فرع النسب فيعتبر باصله وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها
قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي يثبت النسب
منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي
الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك
اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان
جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه منه بغير اقرار معناه بعد اعترافه بالولد الاول لانه
بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه
ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد
بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرنا حكم قضاء
القاضي فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر

الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر كذا روي
عن ابي حنيفة وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى فان
زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة
حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا لان الفاسد
ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد
وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رح
ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو
من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى
لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال
متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق
حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا
عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب
وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها
مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا
للبدل فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد
يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي
لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات
مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت
مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي
لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله
فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا
ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة

والجزء لا يخالف الكل ولنا ان النسب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد
الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب
الولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى
اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد
لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب
لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب
لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية
بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت النسب منه لانه لما ثبت النسب في نصفه ل
مصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد
لا ينعلق من ماءين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة
يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك
نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك
يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه
لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة
ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك
وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول القائف
لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه
وقد سر رسول الله عم بقول القائف في اسامة رض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة
لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رض وعن علي رض مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب
وان كان لا يتجزى ولكن تتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية

وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر
او كان مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو
ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة
وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما
في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا
بما له على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه
ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية
مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف
في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن وعليه عقرها لانه لا يتقدمه
الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث
اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية
ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لانه
لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الأيمان

الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين
منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها
لقوله عم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي
فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا
فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها
النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار
مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة هو الحلف على امر في المستقبل ان يفعله
او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان
وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه

فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو أن يقول والله إنه لزيد وهو يظنه
زيدا وإنما هو عمرو والأصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم الآية إلا أنه علقه بالرجاء
للاختلاف في تفسيره والقاصد في اليمين والمكره والناسي سوى حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام
ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والأيمان والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين
في الإكراه إن شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء لأن الفعل الحقيقي
لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو
كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله أعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى أو باسم
آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن الرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله
وجلاله وكبريائه لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله
وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يمينا لأنه غير متعارف ولأنه يذكر
ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا
وكذا رحمة الله لأن الحلف بها غير متعارف ولأن الرحمة قد تذكر ويراد بها أثرها الرحمة وهو المطر
والجنة والغضب والسخط يراد بهما أثرهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف ومعناه
أن يقول والنبي والقرآن أما لو قال أنا بريء منه يكون يمينا لأن التبري منهما كفر والحلف بحروف القسم
وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لأن كل ذلك معهود
في الأيمان ومذكور في القرآن وقد تضمر الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف
من عادة العرب إيجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة
على المحذوف وكذا إذا قال لله لأن الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم به أي آمنتم له قال أبو
حنيفة إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف وعنه
رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله
الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله

قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق
الوعد ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه
الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل
حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة
والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل
لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا ولو
قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند ميخورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا
قوله لعمر الله وأيم الله لأن عمر الله بقاء الله وأيم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه
والله وأيم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأن العهد
يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا إذا قال علي نذر أو نذر الله
لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر
يكون يمينا لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه
لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا
بالمستقبل وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم
أنه يمين وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل ولو قال إن فعلت كذا
فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير
متعارف وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا لأن حرمة هذه
الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وإن
شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلوة وإن شاء أطعم
عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين
الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة
صام ثلثة أيام متتابعات وقال الشافعي يتخير لإطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله

قضاء ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي
عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن أدنى ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو
الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة
وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين
فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض
بخلاف الجرح لأنه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي
أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين
ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولأن فيما قلناه تفويت البر إلى جابر
وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام
فلا حنث عليه لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو
أهل الكفارة لأنها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه إن استباحه
كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع ولا ينعقد به تصرف مشروع
وهو اليمين ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات
موجب اليمين فيصار إليه ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى
من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام
والشراب إلا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس
ونحوه وهذا قول زفر ووجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم وإذا سقط
اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة
إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب
وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هر جه بدست
راست كيرم بروي حرام أنه هل يشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر
نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وإن علق النذر بشرط

فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن
أبي حنيفة أنه رجع عنه وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه
من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا وهذا إذا كان شرطا لا يريد
كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء بخلاف ما إذا كان
شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح ومن حلف
على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال إن شاء الله
فقد بر في يمينه إلا أنه لا بد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله أعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد
أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا إذا دخل دهليزا
أو ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى
داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات
فصار كالشتوي والصيفي وقيل إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل
هذا الجواب يجري على الإطلاق وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو
حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند
العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير أن
الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى
فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بني
بيتا فدخله لم يحنث لأنها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخل بعد انهدام الحمام وأشباهه
لأنه لا يعود اسم الدار ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم
البيت لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه
وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف
على سطحها حنث لأن السطح من الدار ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى السطح
وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا إذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم

وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها
فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل
استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له
لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث
وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث او حلف لا يسكن هذه الدار
وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا
ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال
لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول
لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه
ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد
ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا
والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي
عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر
في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد
ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد
يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس
وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر
دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول
في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله واخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر
فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به وان اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر
ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج
من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى

والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج
على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث
حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها
قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال وان حلف لياتين البصرة فلم
ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف لياتينه
غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم
يمرض ولم يمنعه سلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة القضاء
دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم
على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة
لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج
امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن
في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن
مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه ولكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها
مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين بها كما اذا
قال حتى آذن لك ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ساعة ثم خرجت
لم يحنث وكذا اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه
تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة
عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال لرجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج
الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء
المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدا ومن حلف
لا يركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة لانه اذا كان عليه
دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق
او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا

قال عم من باع عبدا وله مال الحديث فيحتمل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا واللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذه ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش

ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا بالبسر الرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب وكل واحد مقصود من الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادف شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القران وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل

استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل ولا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتوكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل وعندهما لو قضمها حنث عندهما وهو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطايف لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان في طبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير ولو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقالا على رؤوس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمانهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث

وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم
لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان
يكون التفكه معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها
وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان
فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة
يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال
في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به
فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز
غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز
موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون
قايما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المايعات
لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما
يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح
واذا حلف لا يتغدى فالغداء هو الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف
الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشا ولهذا سمي الظهر احد صلوتي العشاء في الحديث والسحور
من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء
ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف
الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيا دون شي لم يدين في القضاء
وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له
فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء
خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا
عند ابي حنيفة وقالا ان شرب منها باناء حنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض

وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا
وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو
الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم
فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما وقال
ابو يوسف يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى واصله
ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تنعقد للبر
فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف
وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة
ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال
وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والمقيد ووجه الفرق
ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر
كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما
فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق
اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور
فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة
الا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد
اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال
اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور
فلا ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه
وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه
وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا

الا انه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف ان لا يكلمه الا باذنه
فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع
في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه
يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضى من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا
فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه
داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين
فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرا القران في صلوته لم يحنث
وان قرا في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما
وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عم ان
صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه
لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم
اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد
وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين
في القضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد
الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم
فلان او حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم
والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية
بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف
لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالقدوم والاذن ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين
وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم
ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى
صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او
اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة

النسبة عند محمد يحنث في المراة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة
والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر
ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث
بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان
بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها
فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها
قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالمراة والصديق ولهما ان الداعي الى اليمين معنى
في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها
فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه
يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف
ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل
الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم
هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث في يمينه لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو
وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر **فصل** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا
او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة
قال الله تعالى حين من الدهر لم يكن وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن
ربها وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة
والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل
استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما
اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
ما ادري ما الدهر وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح واما المعرف بالالف واللام يراد به
الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين

بمعنى واحد وابو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استعما
للاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا
فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا
على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام اشهر
عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف
وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده
ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله
اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى
سبعة ايام لانه يذكر بلفظة المفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت
حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي
العدة به والدم بعده نفاس وامه ام ولد فتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو
حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما
لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية
وهي الجزاء ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء
وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما اذا قال اذا
ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا ومن قال اول عبد اشتريه فهو
حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد
منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فان قال اول عبد اشتريه
وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث
سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الاخر فرد
لاحق ولا سابق فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر لانه فرد
لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق

يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت
فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالاخرية
فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان
الارث وعدمه ومن قال كل عبد يبشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول
لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وانما يتحقق من الاول وان
بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي به كفارة
يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا
لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام
لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط
غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة
قد استولدها بنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط
ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا
قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة
بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة
فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان
الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق
خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية
ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر
في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها فطلقها لم تطلق ثلثا فهذه
وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة
المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير

بدا وطئها لانه يملك اكسابها ولا يحل وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلفت الاضافة فلا بد
من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات
احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطفت الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة
في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق
الاخير وله الخيار في الاوليين

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد
حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط
وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف
ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق
او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى
الامر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه ولو عنى ان لا يتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير
الى المعنى في الفرق ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه
لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو
مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو عنى ان لا يتولى ذلك بنفسه دين في القضاء بخلاف ما تقدم
من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها
والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين
ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل
بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه
لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله
الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الايتمار عائدة الى الامر فيضاف الفعل اليه
ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب
الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك
بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع

ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب
اليه فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه
النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين
ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار عتق ايضا لان الشرط قد تحقق
وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه
والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة
فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات المحلية
واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء
وعن ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق
غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون
غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها
يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه
حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة
واجبة ولا مقصودة في الاصل ووجه الاستحسان ما روي عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة
بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد
ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة
بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الخلاف لهما ان الحرم
شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه
وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع
اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة

لم يعتق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم
وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي
مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام
ساعة ثم افطر من يومه ذلك حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد
التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر
شرعا وذلك بانتهائه الى اخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع
لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم
وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم
لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل
ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى
قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن
ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك
او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب الملك وله ان غزل
المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلته
من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث
لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والختم به لقصد الختم ولو كان من ذهب
حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند ابي حنيفة
وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان
على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف
لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه
فراشا اخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو حلف

لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه
وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه
بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا
جعل فوقه سريرا اخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب
اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة
في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو
من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذلك الكلام والدخول
لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت
يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او عضها او خنقها حنث
لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل
فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه
وهو متصور فتنعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم به لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت
فيه ولا تتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما
دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد
بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه
ثم وجد فلان بعضها زيوفا او مستحقة او نبهرجة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم
الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح ولا يرتفع برده البر
المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز
بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة
وقد تحققت بمجرد البيع وكان شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له لم يبر في يمينه لعدم المقاصة

بين القضاء فعله والحنث استقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبضه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

ولو حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع معاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد في اللغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هي العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر والزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذلك الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة و

معرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عم للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عم ادرءوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس النبي عم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وستأتيك الفرق ان شاء الله تعالى والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة لانه يحصل ما عرف به ولنا حديث ماعز فان النبي عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف ان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لان النبي عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد

يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لانه يحتمل انه زنا في صباه وان رجع المقر عن اقراره قبل
اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه لانه
وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف
ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف
ما فيه حق العباد كالقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب
ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز لعلك مسستها او قبلتها وفي الاصل
وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت
لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع
الصحابة رض يخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض
ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء
وقال الشافعي لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا
والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد
لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدا
الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى النبي عم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت
قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم
ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عم على الغامدية بعدما رجمت
وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ويامر الامام بضربه بسوط لا
ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم
لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وتنزع عنه ثيابه معناه
دون الازار لان عليا رض كان يامر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا
الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه

لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا الا راسه ووجهه وفرجه
لقوله عم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه
وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا
وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر الصديق رض
اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان
من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض
يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ
ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط
فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق
وان كان عبدا او امة جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر
النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمراة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان
المراة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان
وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها
وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك
لا يضره لان النبي عم لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر
لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط
والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه لان
له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا
قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه اخلاء العالم
عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه
بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون
حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل

والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة
تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا
عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع
بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة
شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا و
عند توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في زنيا قلنا ذلك كان بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده
قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل
وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة
او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة
عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة
رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما
في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة
العبد ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم
لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر
بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا
لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب رجوعا
الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة
ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول
علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عم البكر بالبكر جلد مائة والثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام ذلك مصلحة فيغربه على
قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه
يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة واذا زنا المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع
بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يؤدي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع

عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس
محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع
مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر
الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع
وقد روي انه عم قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان
الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا
وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور
والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم
الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق
في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية
تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه
لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض
في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي
في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد
والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذا
بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد عليه اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة
في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم
والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد
وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم
على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امراته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها

على حرام حدّ لزوال الملك المحلّل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى
ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحدّ لان الظن
في موضعه لان اثر الملك قائم في حق اثبات النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وامّ الولد
اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار
في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام
لم يحدّ لاختلاف الصحابة رضه فيه فمن مذهب عمر رضه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات
وكذا اذا نوى بها ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها
علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك والابوة قائمة
في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته
وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حدّ وكذا العبد اذا وطئ
جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه
زنا حقيقة فلا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل
لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حدّ لانه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفّت اليه غير امرأته وقالت النساء انها
زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار
في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد
قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها
غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال الا اذا دعاها فاجابته
اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها
فوطئها فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان عالما بذلك وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور
وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد

صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات ادم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان
ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه
الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج
عزّر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه
عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي
الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى
والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضه في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار
والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد
واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا في الجانبين
وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه
لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه
نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق
فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام
عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام
الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب
عن الفائدة ولا يقام بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة
بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر
والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة وان دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحدّ الذمي
والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى
الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا يحدون كلهم لابي يوسف
ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره
ولهذا يحدّ حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل

للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل
المسلم والذمي به وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لأنه لما طمع
في الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم وأما حد الزنا محض حق الشرع
ولمحمد وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى فامتناع
الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل
نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولأبي حنيفة أن فعل
المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين
من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف
إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف وإن زنى
صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع لهما أن العذر من جانبها
لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كل واحد منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل
الزنا يتحقق منه وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت
زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية باسم المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق
الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي
ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا
يقول عليه الحد وهو قول زفر لأن الانتشار آية الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لأن الانتشار
قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فيورث شبهة وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة وقالا
لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك ويتحقق من غيره
وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه
بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا
الخروج عليه بالسلاح ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني
أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل

الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى
بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه قيمتها معناه بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما
حكمه وعن أبي يوسف أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة وصار كما إذا اشتراها
بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه كما إذا
ملك المسروق قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ولو كان يوجبه فإنما يوجبه
في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى
لكونها معدومة وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب قيمتها ويسقط الحد لأن الملك هناك
يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد
عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا
يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو
بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام
لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة
أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقا
لله تعالى تبطل بالتقادم عندنا خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد
الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة وحسبة الستر فالتأخير إن
كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها
وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي
نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح
الرجوع عنه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل
تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى فيه ليس بشرط

الحد لانه خالص حق الله تعالي علي ما مر وانما تشترط للمال ولان الحكم يدار علي كون الحد حقا لله تعالي
فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام علي الاستسرار علي غرة من المالك فيجب علي الشاهد
اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا اثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء
عندنا خلافا لزفر حتي لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه الحد
لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير
الي ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفه لم يقدر في ذلك وفوضه الي رأي
القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو الاصح هذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم
عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد شرب الخمر كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة
علي ما ياتي في بابه ان شاء الله تعالي واذا شهدوا علي رجل انه زنا بفلانة وفلانة غايبة فانه يحد وان
شهدوا انه سرق من فلان وفلان غايب لا يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوي وهي
شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوي الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنا
بامرأة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال انها امرأته او امته وهو الظاهر وان اقر بذلك يحد لانه لا يخفي عليه
امرأته او امته وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا
عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما علي الموجب وتفرد احدهما
بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط لتحقق الموجب في حقها ولم يثبت
لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لها وانما سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها
فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنا بامرأة بالكوفة واخران انه زنا بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم علي كل واحد منهما
نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الي اتحاد الصورة والصيغة والمرأة
وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين علي الزنا في زاوية وهذا
استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن

بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخري بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت
فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب عنده وان شهد اربعة انه
زنا بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنا بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم
جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال الصدق كل فريق
وان شهد اربعة علي امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة
ومعني المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن هي بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة
في ايجابه فلهذا اسقط الحد عنها ولا يجب عليهم وان شهد اربعة علي رجل بالزنا وهم عميان او محدودون
في قذف او احدهم عبدا ومحدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت
شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق
من اهل التحمل والاداء وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضي القاضي بشهادتهم
ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة
عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء علي اصله ان الفاسق ليس
من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة
اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتباره وان شهد
اربعة علي رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون
لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا علي بيت المال ارش الضرب فان رجم فديته علي بيت المال
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب ايضا علي بيت المال قال رضه معناه اذا كان جرحه
وعلي هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلي هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما
يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم
الجارح وغيره فيضاف الي شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب علي بيت المال
لانه ينتقل فعل الجلاد الي القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم
والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك فلا يقع

جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان
في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل
بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة
في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه
برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود
لان عددهم متكامل وامتناع الحد عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي
يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى
واما الحد فمذهب الثلثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان
قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا
بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما بني عليه
وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء
في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال
محمد يحد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء
ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود
عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق
على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة لاتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي
قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع واحد منهم لا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهو شهادة الاربعة فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد
اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود عبيد او مجوس فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه
اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا

بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه
وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها
بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا
اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا
ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات
فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا
فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان
ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر
حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم
وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان
رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم ياتمر امره واذا شهدوا على رجل
بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول
بعد وجود سائر الشروط لان الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة
والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامراتان رجم خلافا
لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط
في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا
للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان
الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة فصار كما
اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه
ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهذه المسئلة
فرع ما تقدم ومن شرب الخمر فاخذ وريحها

موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية
الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان اقر
بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد
ما ذهب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان
عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخر يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي
انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض
فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان
عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجاهل واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان
حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رض ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه
فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل
ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن
سكر من النبيذ حد لما روي عن عمر رض انه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر
ومقدار حد المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها
لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر
من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره
لا يوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار كما في حد الزنا
وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا باجماع الصحابة رض يفرق الضرب على بدنه كما في حد
الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص
ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف
على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب
بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو
نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال

لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا
قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رض وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويخلط
كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها
درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة
الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور
اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على
نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف
لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران
لا تبين امرأته منه لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد
حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء
فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهود
اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف
لما تلونا ويفرق الضرب على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به
فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم اليه
وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا
بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون
لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف
لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت
امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره
في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى به يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب
يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة ولو قال لست

يا ابن فلانة يعني جدته لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال يا ابن
الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق بهما لمكان الجزئية
فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث
عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث
بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا
لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف
يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى
ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع
تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا
تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا
وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة
لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده
ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف
بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه
يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف في انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع
العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا
ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك
تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار
حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل
المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق
الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض

عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا
من قال ان الغالب فيه حق العبد وخرج هذه الاحكام والاول اظهر ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل
رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الشرع لانه لا مكذب له فيه
ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما
قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان
ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه الى عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف
لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق واسمعيل
كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود
الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قال قائل
من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا
ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا
بمنزلة ما اذا قال يا زانئ او زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل
فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت
فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكورا في الثاني ولو قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه
يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف
ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك
فلا حد ولا لعان معناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان
معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار
يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه
يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما
اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف

فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره بنسبه
سابقا او لاحقا واللعان ينفي بدون قطع النسب كما ينفي بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد
ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة
بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له
ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا
ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق
والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه وان كان محرما
لغيره يحد لانه ليس بزنا والوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك
والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة
ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه
وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا
منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته
وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره
فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق
الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف
رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات
وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج
بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة
فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه
حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي ومن موجبه
ايفاؤه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف
في كتاب الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه
فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه الشهادة استفادها بعد الاسلام

فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال
الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت
شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة
صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح ومن شرب او زنا او قذف غير مرة
فحد فهو لذلك كله اما الاولان فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول
قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنا وقذف وشرب لان المقصود من كل
جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما
وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه عنده حق العبد

فصل في التعزير ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد
امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق
او يا كافر او يا خبيث او يا سارق عزر لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب
التعزير الا انه يبلغ في التعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى
الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد
وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان
من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال
ابو يوسف يبلغ في التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو
من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه اليه وذلك اربعون ونقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية
ثم نقص منه سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو
ماثور عن علي رض فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر
مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس
وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة
من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير

الحبس قيل لأنه محض تعزير أو قد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التعزير
بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير وأشد الضرب التعزير لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد
فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء
ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم
ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ
من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر لأنه
فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج إذا
عزر زوجته لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب
الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله
صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى إلا من
استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى والمعنى
اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك
مكابرة على الجهار وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق
بأعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم
أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والأصل فيه قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق
بدونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر في الحقير وكذا
أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند
الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما أن القطع على عهد النبي عم ما كان
إلا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والأخذ بالأقل وهو المتيقن به أولى غير أن الشافعي
يقول كانت قيمة الدينار على عهد النبي عم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر
في هذا الباب أولى احتيالا للدرء وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك

بقوله عم لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا وهذا يبين لك
اشتراط المضروب كما في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة
تبرا قيمتها أنقص من عشرة دراهم مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة لأنه هو المتعارف في عامة البلاد
وقوله أو ما تبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا ولا بد من حرز
لا شبهة فيه لأن الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى والعبد والحر في القطع سواء لأن النص
لم يفصل ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس ويجب القطع بإقراره مرة واحدة وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بإقراره مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين
لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة وكذلك اعتبرنا في الزنا ولهما أن السرقة ظهرت بالإقرار
مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة
الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع
في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة بخلاف القياس فيقتصر على مورد
الشرع ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية
السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود
للتهمة وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وإن أصابه أقل لا يقطع
لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا
في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والنورة والمغرة
والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عم في الشيء التافه
أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع
لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة
ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة
لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث
الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا

والاطلاق قوله عم لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو
قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرناه ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة
لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عم لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم
ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا
وقال الشافعي يقطع فيهما لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه
على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من التمر وفيه القطع ولا قطع في الفاكهة
على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول
في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية
ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية قال الشافعي يقطع لانه مال
متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعنه انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا
نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع
ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد
لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى
لا يجب القطع بسرقة متاعه ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذها
الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة
الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت اخر يقطع
لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه
من الحلي تبع له ولانه يتاول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع ان كان عليه
حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده وكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ
او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير
لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه
لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم

استحسانا

استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا
الا انه انضم اليه معنى الادمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في
دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد ولا في سرقة كلب ولا فهد
لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية
الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند
ابي حنيفة آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لانها اموال
محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر
والياقوت والزبرجد لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها
في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع
فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة في الحصير لم تغلب
على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل
وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يستثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب
في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد
قال النبي عم لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع
فيه ولهما قوله عم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك
لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار
لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر
في بيت مقفل فهو على هذا الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت
لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما بينا
ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا
لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق
منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع

لان له ان ياخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر
بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق
دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع
فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهي رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي
لقوله عم فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار
كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على
ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط
نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه
ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار
كما اذا قذف المحدود في قذف المقذوف الاول فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع
فيه فرده فنسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل
في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع
فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر
الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه
يلحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في كتاب العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي
ان يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره لا يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن
ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا
المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة
واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة
بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امراة سيده او من زوج سيدته
لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه
فكذلك عندنا خلافا للشافعي للبسوطة بينهما في الاموال عادة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق

المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذا السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رض
درءا وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رض الحرز لا بد منه لما
ان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور
والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاع
فهو محرز به وقد قطع النبي عم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز
بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان
وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه
لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ
فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه
يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة ولهذا لا يضمن المودع والمستعير فيه لانه ليس بتضييع خلافا
لما اختاره في الفتاوى ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا
محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في الدخول فيه لوجود
الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا
اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا
وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان
بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا
فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه
لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم
يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد
صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دارا فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن
الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير
على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت
فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه

والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده
وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع بناء على مسئلة
تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء
غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة
يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة
فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق وقال وكذلك اذا حمله على حمار فساقه
واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى الاخذ بعضهم قطعوا جميعا قال
وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة به
ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض
المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه
واخذ شيئا لم يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود ولا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق
الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول
وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول
وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان
ادخل يده في الكم يقطع لان في الفصل الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد
هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان
الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال
لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة
فاشبه الجوالق ومن سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن شبهة
العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ
حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل
هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا
وفيها متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق

ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس
عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وقد ذكر في بعض النسخ
وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم

فصل في كيفية القطع واثباته

ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع
لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل
اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه
واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى
فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح
وقال الشافعي رح في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالث مثل الاول في كونه
جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها
ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه
من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد
فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق
اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا
او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان
منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع
لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام
في نقصان البطش واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطا فلا شيء
عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطا ايضا وهو القياس
والمراد هو الخطا في الاجتهاد اما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له
زفر انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس
في النص تعيين اليمين والخطا في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل له

السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد القضاء
لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فيبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له
لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا تتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا
ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع
حق الله وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها
قبل القضاء وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع
وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه
عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما
اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه
سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد
الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى
للاحتمال ولا معتبر بما ذكر بدليل صحة الرجوع عامل في حق الراجع ومورث الشبهة في حق الاخر لان السرقة
تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر
في قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وكان اولا يقول لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه
قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر
بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد
السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد
لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر معناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطع
به ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان
اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى
والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه
من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى

لانه تعدى الظالم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة
انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع
وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن
بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على
الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة
لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار لان الجناية على ملك الغير لا تظهر الا بخصومته
وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب
وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال
زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستاجر والمستعير والمضارب
والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة
المالك في السرقة من هؤلاء الا الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه
لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده
وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة
ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين
عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ لا اعتبار بحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة
احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهوم الاعتراض كما اذا
حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز
ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال
غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول
ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع
الاول او بعدما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم
يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع
وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور

الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول
على الغير ولمحمد ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا
قطع على العبد في سرقته يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع
ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان
اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو
على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا
قال الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي تقطع يد المقر وان كان لا يصدق
في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال
بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع
بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا
ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع واذا قطع السارق والعين قائمة في يده رد
على صاحبها لبقائها على ملكه وان كان مستهلكا لا يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك
وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي
يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي
عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم وشرب خمر
مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع
لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع لما يؤدي الى
انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع
للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك
لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور
ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات
سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا
عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسألة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا

وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد
من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب
بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب
فبالجناية فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا
الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي
عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة
وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان
لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة
كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا
فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان
النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين
كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق
ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب وهذه صنعة متقومة
عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع
وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب
ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا
بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى
لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه
غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة
ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهب

يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة
وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب
انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة
ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا
نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب
كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف
وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها
ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى
فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم
منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها
لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن
لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع
اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بينا لما تلوناه
ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال
فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء صلبهم وان شاء
قتلهم وقال محمد يقتل ويصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو
تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا
وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب
وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به
غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت
ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب

على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس
وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه
والنهاية غير مطلوبة واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه
وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا
للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق والقتل وان كان
بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا
وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد
في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله
وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة
المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا ان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه لان الحد
في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع
في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك
في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد
عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء
يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل
ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل
فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد
واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق
لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف
ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل
في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا
فان شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت
القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق

استحسانا وفي القياس ان يكون قاطعا للطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب الحد اذا كان
خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا باي شيء فهم قطاع الطريق
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه
لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا
فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسألة القتل بالمثقل
وسنبين في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد
فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة
في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عم في مغازيه الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط
عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى قاتلوا المشركين ولقوله عم الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا
باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع
الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به
احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح
فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فيصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا
الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام
اشارة الى الوجوب على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي
مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم
العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه
صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف
ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء
لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي
بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من صفوان
وعمر رضه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد باب

كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى
ابن عباس رضه ان النبي عم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود
وقد قال عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به
امر النبي عم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية
ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام
قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضه انما الجزية
بذلوها لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في
القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عم في وصية امراء الاجناد
فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري
فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز
بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك
لانه صح ان النبي عم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضه ان يغير على ابنى صباحا
ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن
بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولان الله تعالى
هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب النبي عم
على الطائف وحرقوهم لانه عم احرق البويرة وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم
لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا بأس برميهم
وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير
والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا
بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر
التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض
والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه
اما الجهاد مبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين

اذا كان عسكرا عظيما يومن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية
لا يومن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقران الى ارض العدو ولو دخل اليهم مسلم
بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجايز يخرجن
في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت
ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن
للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحراير ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد
الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عم
لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة
العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى
لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع
يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة
عليه ما بيناه وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين راى عم امراة مقتولة قال هاه
ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت الا ان يكون احد هولاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدي
ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هولاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا
لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما
لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته
كالصحيح ويكره ان يبتدي الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه
يجب عليه احياوه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنايه فان ادركه امتنع عنه حتى يقتله غيره
لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه الماثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس
بقتله لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله
لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى

وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع النبي عم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر
سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم
على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان
صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة
ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا
عن الغدر وقد قال عم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى
في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر
وان بدوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة
الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا
للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه
بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم
معنى وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذوا على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جاز
الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل
والماخوذ من المال يصرف الى مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية
اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما
المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا
في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لا يرده لانه مال غير معصوم
ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء
الدنية والحاق الذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن
ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب
وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه
اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس
في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

وإذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم والأصل فيه قوله عم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد على السواء ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان وكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح إلا أنه إن كان في ذلك مفسدة ينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام لما بيناه ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه ولا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عم أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الأمان فالإيمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما لا يملك المسابقة لأنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرنا لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون له لأنه رضي به والخطأ نادر لما باشر القتال وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك وإسقاط الفرض نفع فافترقا ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فهو على الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق والله أعلم

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهرا فهو بالخيار إن شاء قسمها بين المسلمين كما فعل النبي عم بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب ولنا أن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عم قد قتل ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا إلا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله أن يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا أما المفاداة بمال يؤخذ منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى خلافا للشافعي فإنه يقول من النبي عم على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها

ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز
لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن
في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال
الشافعي لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت
ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى هو يقول ان سبب الملك
الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام
نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات
اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف
ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو
كراهة تنزيه عند محمد فانه على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل
ان تقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا ينفك
عن ارتاث الكراهة والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة
على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة
الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل
وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك فينقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا
وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم لقوله الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد
ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضه او تأويله ان يشهدها على قصد القتال
وان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم
يرتجعها منهم فيقسمها قال رضه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة
في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة حمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان

في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء
اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع
العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي
وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى
دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي
من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه ولا بأس بان يعلف العسكر
في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها
في رواية اخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب
ووجه الاخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي
على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس الحاجة فيعتبر حقيقتها
فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن
والزيت ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا
بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز
ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما ابيح له التناول
كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة
الى ذلك فان باع احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع
بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب
والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها
فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع
في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة
اليه من فضول الحوائج فان اسلم منهم احد في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي
ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال

فهو له لانه سبقت يده الحقيقية اليد الظاهرة عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة

وهي كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في

يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف

الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار

عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي

هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل

لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده

فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا

كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد

لا يكون فيئا قال رضه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع

محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء الا انه محترم

النفس في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض لعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه

خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون

من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها

ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف

او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص

ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاخراج فكذا

بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة

لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم

وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى

فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم

للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى

ابن عمر رض ان النبي عم اسهم للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء

وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس

ان النبي عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عم للفارس سهمان

وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رض ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه

ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر

اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل

سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي

ان النبي عم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين

فلم يسهم النبي عم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر

مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى

سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل

في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب

والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا

ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم فارس

ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن

ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان فالحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده

حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب

كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود

الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام

ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين

فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص عند

المجاوزة فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان

اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده
بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال
عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم
لمملوك ولا امراة ولا ذمي ولا صبي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم كان لا يسهم للنساء
والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم
لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد
لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد
لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى
فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة
القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي
انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم
في الدلالة اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس بعمل
الجهاد ولا يستوي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم
للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي
لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء
الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم
ان الله كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم عنها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت
في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وبهذا يتبين ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة
فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط
الصفي لانه عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عم يصطفيه لنفسه
من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه

ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة لما رويناه وبعده بالفقر قال
وهذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقراء منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه
معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضه
اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء منهم اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة
وان دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ
قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام فيه روايتان
والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة وان دخل جماعة لها
منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب
على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه
نصرتهم

فصل في التنفيل

ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض
على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد
ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا
نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه
ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احرازه
بدار الاسلام لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل
السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان
من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه
بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ
بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن ابي سلمة ليس لك
من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني
لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه
ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه
وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين

فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم
واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل
يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على
هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك
على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بيناه
إن شاء الله تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم وإن غلبوا على أموالنا
وأحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض
سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا
لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة
عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك
بالملك العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة
أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ بعد القسمة
ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة
فيقل الضرر فيأخذه بغير القيمة وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول
بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وإن شاء تركه لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض
بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه
بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها
لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذلك إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذلك إذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى
يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو أما الأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه
أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيئا من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة

لما تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب
أما هاهنا في الملك صحيح فافترقا وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب
فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري الأول
أن يأخذه بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه
بهما وكذا لو كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب
بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الحكم
في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم
لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم
فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه
من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى
عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق
محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم
عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة
يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له جعل
الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء
إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرناه وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام
فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون
ذلك كله واشترى ذلك كله وأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند
أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا
الحكم في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة
وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده
عبدا ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب

واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار
لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى النبي عم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه
بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد الحربي
لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات ابتداء اليد فلهذا كان اولى

[illegible]

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم
ولا دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم
ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير
لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به
ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر
بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان
فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما من صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما
على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن
لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي
غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا
مستامنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بيناه انه ملكه ولا خبث
في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب
ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بيناه انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه
من المحرم وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ
فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب واما الدية فلان العصمة
الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه
الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله
في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب

عليهم على اعتبار تركها فان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا
الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر
كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا
ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا
بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد
عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان
اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق
او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها
قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة
الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما
اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء فلا يصير ذميا لانه قد يشتريها
واذا الزم خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام
جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا
للزوج واذا دخل حربي بامان وتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما
المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا
في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او
ظهر على الدار فقتل فقد سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع
كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من
عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة
لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح
المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال

فيها الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطاء وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطاء وقال الشافعي تجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما

الاستئمان اليها ومن قتل مسلما خطاء لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطاء فيعتبر بساير النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل وكل ارض اسلم اهلها عليها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر

او بماء الخراج ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج
ومعناه بقربها فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة
رض لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما
قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض
وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة
والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء
الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو سبب النماء
ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فتعتبر في ذلك الماء لان السقي به والخراج الذي
على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن
الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح
سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان
ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب
بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها وما سوى ذلك من
كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رض وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه
قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين
والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك
لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع
جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رض لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز
النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رض لم يزد
حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليهم لانه فات التمكن
من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه
ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج وان عطلها صاحبها فعليه الخراج
لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا ومن انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع
الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة

في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا
وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشرى
واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما
لانهما حقان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم
ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة
وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد
وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى
هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف
العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح النبي عم
بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية
يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى
في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط الحال اربعة وعشرين
درهما ياخذ منه في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما ياخذ منه في كل شهر درهما
وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء
لقوله عم لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية
انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى
ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر رض وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد
من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا
لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه
محمول على انه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب
حتى يعطوا الجزية الاية ووضع النبي عم الجزية على المجوس وعبدة الاوثان من العجم خلافا للشافعي هو يقول
ان القتال واجب لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر الاية الا انا عرفنا جواز تركه

في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فيجري في من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلناه واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضه ولنا ان عثمان رضه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضه ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا يقتلون اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى

وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ وهو قول الشافعي وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج

التي هي كهيئة الأكف وإنما يؤاخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولأن المسلم يكرم
والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين
وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم
فإنه جفاء في حق أهل الإسلام وينبغي أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على
دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة
وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجاً بالصفة التي تقدمت
ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو
سب النبي عم أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام
باق وقال الشافعي سب النبي عم يكون نقضاً لأنه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه
ولنا أن سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه ولا ينتقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب
أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا لأنهم صاروا حرباً علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب
وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وكذا في حكم ما حمله
من ماله إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف
ما يؤخذ من أموال المسلمين من الزكاة لأن عمر رضه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضهم ويؤخذ من نسائهم
ولا يؤخذ من صبيانهم لأن الصلح جرى على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان
فكذا المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم أيضاً وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال
عمر رضه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارفها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال
وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج أي الجزية وخراج الأرض
بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله عم مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة
الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً
بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني
حيث لا تحرم عليه الصدقة لأن الغني من أهلها وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي فليس
بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس ثم الجزية وما جباه الإمام

من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق
المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء
عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات
في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي

باب أحكام المرتدين

وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له
شبهة كشفت عنه لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على
ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض
عليه الإسلام فإن أبى قتل وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار وعن
أبي حنيفة وأبي يوسف يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب وعن الشافعي أن على الإمام أن
يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه
التأمل فقدرناها بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الإمهال وكذا قوله عم من بدل دينه
فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر
موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام
لأنه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء
على القاتل ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة
غير واجب وأما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي تقتل لما روينا ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث
إنها جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيه فتشاركها في موجبها ولنا أنه عم
نهى عن قتل النسوان ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وإنما عدل عنه
دفعاً لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجل وصارت
المرتدة كالأصلية ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه
بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة والأمة

تجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن الولي فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل يوم مبالغة
في الحمل على الاسلام ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا
عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته
غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان
لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب
وحكم الحاكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه
في الاسلام الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي كلاهما في لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له
فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل
ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام
لوجوده قبلها ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثا له
في حال الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا بالاستناد وعنه انه يرثه من كان
وارثا عند الردة لان الردة بمنزلة الموت ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت
وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده
بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا
وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة اكسابها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد
عند ابي حنيفة ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة
لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم
بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته
من المسلمين وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه
باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن
الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر

ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه عند محمد لان اللحاق
هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة
اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما
لزمته في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب
الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف
وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة
ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ
عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا
يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله
لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام
تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما
وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت
وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات
المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل
بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة
بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ
يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا
لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت
ورثه فتصح تصرفاته الا انه عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة
تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرض
عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي
مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا

عندنا لا بَرأً فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاقه لأنه صار ميتاً تقديراً والموت
يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه
فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك عليه نصف الدية لأن اعتراض الردة
أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت
على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة
في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل
من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً
وأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب المرتد
ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة
والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى
بطريق الأولى وإذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد لولدها
ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الأول على الإسلام ولا يجبر
ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي من مسائل الجامع
[illegible] الرواية والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة
ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام
ولا يرث أبويه إن كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي ارتداده
ليس بارتداد وإسلامه ليس بإسلام لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ولأنه يلزمه أحكام
تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا أن علياً أسلم في صباه وصحح النبي عم إسلامه وافتخاره بذلك مشهور
ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف
والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم
يبتني عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهما في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف
لأنه يتعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبي حنيفة ومحمد أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا

بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة
في الفصلين فأوجب خللاً في الأهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية
وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلماً
فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه فإذا عاد مسلماً
احتاج إليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء
قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا
وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد
فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة
أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الوراثة فلأن الأم إذا كانت نصرانية فالولد
يتبعه لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها
لأنها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فوجده الورثة
قبل القسمة رد عليهم لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه
فكان الوارث مالكاً قديماً وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد
مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها
بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل
والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية
في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة وقالا فيما اكتسبه في حال الإسلام والردة
لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ
تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفه فيه
دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده وإن قطعت
يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق ثم جاء مسلماً فمات من ذلك
فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثته أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت
بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فكم

في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير
العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم
لان عليا رضه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ
بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام
المعروف بخواهرزاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى
يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح
عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم
ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم فاذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون
للقتال ينبغي ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي
عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق من الواجب عند الغناء
والقدرة فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة
لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال
اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم
مال لقول علي رضه عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب
وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة وان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم
مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي
لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي عنه
قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال
العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم
فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع
شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن ا

انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها واذا جبى اهل البغي من البلاد التي غلبوا
عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه
في حقه اجزأ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى
ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال رضه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا
اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذ الامام لانه يحميهم
بظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل
فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا
ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع
ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا
الان على حق ورثه وان قال قد علمت اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي
في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور
بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي في القديم انه يجب
وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او نفسا معصومة
فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد
منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام
لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية
باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل ثبت الالزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع
اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف في قتل الباغي العادل
ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة هنا الى استحقاق الارث ولهما ان الحاجة
الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا
قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة في ايام الفتنة ومعناه في عساكرهم
لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة
في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره ب

بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب على هذا الخلاف مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذ منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده وان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حق نفسه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعاه ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له

اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكر في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرا وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانها اسم جنس فان كانت اقل من عشرة عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناه في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا

الى راي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب
على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في المواضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة
حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها
وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
فان جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق
وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف
على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره
بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير
حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين ان هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه
لانه وجد عين ماله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير
والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
مخافة الضياع وان كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب
الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة
فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان
ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين
واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين
على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق
النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها
اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على صاحبها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر
بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر امر ببيعها لان دارّة

النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه في الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه
يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يامر فيه بالانفاق وانما يامر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست
تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان
صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه يرجع
على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح واذا
حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك
من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين
النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ولقطة
الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عم في الحرم لا يحل لقطتها الا لمنشدها
ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد
مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا يحل الالتقاط
الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل
وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر
على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها
ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود
المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عم
فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم
البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه ياخذ الكفيل
لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه
وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به
هو التصدق لقوله عم فان لم يات يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه
الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عم

في حديث ابي رضه قال جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير
حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه وللشافعي انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق
النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال
افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضه كان باذن الامام وهو
جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز
الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه
من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك
الآبق ثم آخذ الآبق ياتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق
اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال ومن رد الآبق
على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه
وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه
العبد الضال ولنا ان الصحابة رضه اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم
من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل
اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال
فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ
في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة
اذ هي اقل مدة السفر وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضه وهذا قول
محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم
ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه
من احياء ملكه ولو رده بعد مماته فلا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى
او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم

اطلاق الكتاب وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة
قال رضه وكذا في بعض نسخ المختصر وفي بعضها لا شيء له وهو الصحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق
حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو
اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له
والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وينبغي اذا
اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ
او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له
الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه
اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان
الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه
والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك
فيه كالموقوف يجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى
الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته
بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان
لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله اعلم

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولم يعرف احي هو ام ميت نصب
القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه
والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه
لازالة الشبهة وانما يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده
لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه
ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في

الى الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا كان
القاضي قضى به لانه محتسب فيه لمن كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه
فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب
الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس
هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال
حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا
يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء
والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار
ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم
والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا
الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم
منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين
عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين
او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر وهذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه او من عليه
الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف
ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا
جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب
لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يفرق
بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة ثم
تتزوج من شاءت لان عمر رضه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها
بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار
منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عم في امراة المفقود انها
امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رضه فيها هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق

خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت
في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضه رجع الى قول علي رضه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا
معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما
تنحل بعدما استمرت سنة واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضه وهذه رواية
الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة
وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امراته
عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة
اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت
حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال
وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود
وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث
يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي
وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث فيعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف
النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك
ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهر منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد
على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه
وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد
شرحناه في كفاية المنتهي باتم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة
عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر
الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب
كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما
او بخلطهما خلطا يمنع التميز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور

ومن غير شركه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانها لا تجوز الا باذنه وقد بيّنا الفرق في كفاية المنتهى
والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول
الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما
ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق
اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين
فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل
فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا
في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو
قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة
بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس
تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ
المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بيّنا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى
فتجوز بين الحرين العاقلين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا
والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة
لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك
الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما
كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه
يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى
براس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين
المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان

كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما وتنعقد على الوكالة والكفالة
اما الوكالة فلتحقيق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيّنا والكفالة لتحقيق المساواة فيما هو من مواجب
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله
وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى
عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف
من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بيّنا وللبائع ان ياخذ
بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى
لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك
فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم
الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم
صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب
ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء
ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر
الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكرنا وتصح من الثلث من المريض
بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه
ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق المعاوضة
ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب
محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال
وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا
لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما
اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه
حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار

لانه يصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا
لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس ياباها لما فيه من ربح ما لم
يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله
وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف
الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف
في العروض البيع وفي النقود الشرا وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكه في ثمنه لا يجوز وشرا
احدهما شيا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج
رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين
ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز الشركة
والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد
والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس
بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير لا تكون المفاوضة بمثاقيل
ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى تلك
الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت
للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء اخر ظاهرا
الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل
الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف والشركة
شركة ملك لا عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط
التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين
قبله ولمحمد انه ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين فعملنا بالشبهين

بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت
والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال
ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه
في كتاب القضاء واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقد الشركة
قال رضه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة متاعهما
على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة واما شركة العنان فتنعقد
على الوكالة دون الكفالة والانعقاد على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة
لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا ينبي عن الكفالة وحكم التصرف
لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة
ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل يؤدي الى ربح
ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان
بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة النماء
فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل
ولان الربح يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى
فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد
من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا
العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان معا
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط
العمل عليهما ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط
فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان
يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود
وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق
ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب

حصته دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق ثم يرجع على شريكه
بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع
عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر
والقول قول المنكر مع يمينه واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة
لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه
يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما
يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة
صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله واذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما
هلك هلك من مال صاحبه هلك في يده فظاهر وكذا اذا هلك في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف
ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما
بماله ثم هلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا
بينهما لقيام الشركة وقت الشرى فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد
عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض
بهلاك المال بعد تمامها ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال
نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك مال
احدهما ثم اشترى الاخر بمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما
على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون
شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة
فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة
فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة وتجوز الشركة وان لم يخلطا
وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين راس المال بخلاف المضاربة
لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه وهذا

اصله حتى يشترط اتحاد الجنس ويشترط الخلط فلا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز
شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى
شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان
فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا
تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه فصار كالمضاربة
ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة
ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان
يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر
منه بدا ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة
والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره
باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع
مثله ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرى من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة
بخلاف الوكيل بالشرى حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع
مثله ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة
واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها
وهو التثمير لانه لا بد من راس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على
ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا
في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر
فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس
لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة
الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا يكون ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس المال

عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يجوز بخلاف شركة الوجوه
لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة وما يتقبله
كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ
بالدفع إليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت
مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى
أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستوجب الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى
مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما
على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من له
وجاهة عند الناس وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال وإذا أطلقت تكون
عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة
التقبل وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولا
ولاية فتتعين الأولى فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز أن يتفاضلا فيه
وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل
أو بالضمان فرب المال يستحق بالمال والمضارب بالعمل والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ
بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز
لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك
في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه
ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق به

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد
منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة
معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بغير أمره فلا يصلح
نائبا عنه وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح فإن أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في سبب الاستحقاق وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وإن عمل

أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين
أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه
وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي
استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل
أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا
للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل
شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما
أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر
رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ولا بد
منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا إذا قضى القاضي
بلحاقه لأنه بمنزلة الموت وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا على ما بينا ولا فرق بينهما إذا علم الشريك
بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين
الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة فإن أذن كل واحد منهما
لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند
أبي حنيفة وقالا لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معا يضمن كل واحد منهما
نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه
لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه
زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطالب بما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد
ما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لم يعلم ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع
زكاة فصار مخالفا وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم
الضرر إلا لدفع الضرر وهذا المقصود قد حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل
حكمي وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه أن الدم ليس بواجب

فانه يمكنه الا بعد حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فانه دونه
الاحصار مسئلة واذا اذن احد المفاوضين لشريكه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء
عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه
صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة
الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره
فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه
الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام
والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا
عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق
لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف
الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك
بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس يقول
وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف
والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح ولا يجوز
الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما
حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله عم لعمر
حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة
ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك
وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عم لا حبس
عن فرائض الله تعالى وعن شريح رحمه الله تعالى جاء محمد عم ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل
انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف

فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه
يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك
لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله
ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه في الكتاب لا يزول
ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد
فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية
بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته
قال الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه
يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند
ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله وهو مالك الاشياء لا يتحقق
مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة واذا صح الوقف على اختلافهم
وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه
لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل
عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما
على الوجه الذي سبق تقريره ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده
ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة
فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة
الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة
يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة
ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة
ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف
ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض فقد وهب او وقف

في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم
الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة
ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار
بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق
فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت
في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة
يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد
شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة
عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق وهذا في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة
او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص
ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رض وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض وهذا
على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز
وكذلك سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا
ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول
بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه
وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس انه لا يجوز
لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عم واما خالد فقد حبس ادرعا له
وافراسا في سبيل الله وطلحة رض حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل
ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز
وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور
والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع
والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل

في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين
تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي
كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله فاشبه
العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير
بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار
يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما واذا صح الوقف لم يجز
بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما
امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير الكيلي
والوزني معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا
وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعده
الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم
يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة
فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء
والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف
صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد
بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب
فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة
لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب
يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك
فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفه الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء
فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف
ولا ضرورة في الزيادة وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان
على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم

وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه
لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه
امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح
إجارة من له السكنى لأنه غير مالك وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج
وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيها لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد
فيحصل مقصود الواقف فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك
أوان الحاجة فيبطل المقصود وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا للبدل
إلى مصرف المبدل ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف
عليهم فيه وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم وإذا جعل الواقف غلة
الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف قال رضه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية
إليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي
وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف
فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد
موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا
فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه
لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه
فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة
وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولأبي يوسف ما روي أن النبي عم كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته
الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة
على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك
نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه
أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه قربة قال عم نفقة الرجل على نفسه صدقة
ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد

الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد
الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرناه وأما فصل الولاية فقد نص فيها على قول أبي يوسف وهو قول هلال
أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن
له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم
يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد
الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن
وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف
غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا
إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

فصل

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا
صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد
من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام
تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعذر
فيشترط أدناه وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال أبو يوسف يزول
ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى
بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد
إلى الطريق وعزله فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به
ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه إذا جعل السفل مسجدا
وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد
معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف أنه جوز في الوجهين حين
قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا
وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد
فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص

الله تعالى وعن محمد رحمه الله أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجدا
لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل في الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة
من غير ذكر ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد عن حق العباد
وصار خالصا لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله
فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ولو خرب ما حول المسجد فاستغني عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه
إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد
انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش ينقل إلى
مسجد آخر ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك
حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط
ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف
المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول كما
هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان
والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد
لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف
عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لأنه لا تدبير للمتولي فيه وقد
قيل يكون تسليما لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد
على ما قيل لأنه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي يصح
وإن كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى
للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى
ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه
من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف
بين الفصلين فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء
ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي
مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع
والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح
وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدي
معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة
وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده وهذا خيار
القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب
أن يرجع عنه لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة
واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق
الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام
دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار
لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله
عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار
القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق
الأقوال والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة
كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون
معروفة القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع
التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان
الأجل معلوما لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعاما
إلى أجل ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب
بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها ومن أطلق الثمن في البيع
كان على غالب نقد البلد لأنه متعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه وإن كانت النقود

مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة
مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ
يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي
والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اسم الدراهم كذا
قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية ويجوز بيع الطعام
والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة
من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه
لا يعرف مقداره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه
قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر ومن باع صبرة طعام كل
قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جميع قفزانها
وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل
وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا
جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل
في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذلك من
باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما
يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة
فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء

فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع
وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها
مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء تركها
لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن
كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه
بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر
من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة وكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا
هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده
بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم
وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل
الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه
صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار
او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمة الله عليه وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله
ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم
بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمة الله عليه بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح
خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد
عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار
ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمة الله عليه لا يجوز في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين
ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط
في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف

وتسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله عليه في الوجه الاول يأخذ عشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذ بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله عليه في الوجه الاول يأخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله عليه في الاول يأخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويتخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف رحمه الله عليه انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله عليه ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع وكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله عليه يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا

في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع فان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله عليه للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله عليه لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشرها وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسألتنا لو باعه

لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدرها في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة
بعضه اذ لا ينتفع به بدونه واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو
على البايع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور
رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله عليه لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبايع
هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على
المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه
واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ومن باع
سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين
حق البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا
بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبايع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما
دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال
له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي
حنيفة وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله عليهم وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله
عنه انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة
الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله عليه ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة
الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله عليه خلافا لزفر رحمه الله عليه هو يقول انه
انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد
ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف
الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة

ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز
في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم
النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به ونفي
الزيادة على الثلث وكذا محمد رح في تجويز الزيادة وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي
هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رح وهو انه بيع شرط فيه اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه
الاستحسان ما بينا وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة
ولا تتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فلو قبضه
المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي
مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب
الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر
الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك
المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن
عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة
ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى
فيقف على المصلحة فيه فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر
قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق
انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم
فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف
ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له
ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا

وكذلك المسائل أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
إذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن
اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا
يجتزأ به عن الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب على البائع الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا رد
بعد القبض ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها
إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع
لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري
عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه
وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها إذا اشترى
ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده
يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة
الخيار وله الإجازة فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند
أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وإنما كنى بالحضرة
عنه له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه
وصار كالوكيل بالبيع ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه
عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع
أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل
الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيها ولا نقول إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط
في غير ما يملكه المسلط ولو فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد
مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال
الشافعي رح يورث عنه لأنه حق ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا
أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب
لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث

ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز
وأيهما نقض انتقض وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري وجه الاستحسان
أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه
تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز
أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا
يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب
يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما
ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رح والثاني قول أبي يوسف
واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل
وأبو يوسف رح يعتبرهما ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما
ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع
والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول
في الكتاب وفساده لجهالة المبيع والثمن لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار
لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين
الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين
قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين
إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام
فهو جائز وكذلك الثلاثة وإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن
ليختار ما هو الأوفق والأرفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به
واختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير

ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث
لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة
غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة
ايها كانت عندهما وذكر في بعض النسخ اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة
احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين
الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فللوارث ان يرد احدهما
لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه
ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة
يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط
الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه
لمذهب ابي حنيفة رح خاصة واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس
للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية
لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال
حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه
الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما
على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير
لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه
بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع
الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان
شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا
لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة
الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم
باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة
يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا
وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار
لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره
فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم ثم خيار الرؤية
غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان
تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير
كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله
بعدها لوجود دلالة الرضا ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه
الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل
على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته
ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار
وان كان تتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول
النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب

مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في
في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو
اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف
للمقصود وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى
اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب
على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم يكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول
في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى
لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده
قال رض معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا
وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لانه لا يتم
مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا
انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة
فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه
لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك
شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع وبيع الاعمى وشراؤه
جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع
اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح
اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه

بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له
ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده
بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده
ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره
لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان
على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا
اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه
فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت
المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري
ينكره فيكون القول قوله ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها
الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام
لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة
السرخسي رح وعن ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان
شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته
يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري
ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان
ذلك رضا به وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك
بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب
ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره
ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك واذا حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غير

وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف في المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث
في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا والجنون
في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في
الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط
المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد
والبخر والدفر عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد
ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا
وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد
ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له بان زنى اكثر من مرتين على ما قالوا
لان اتباعهن يخل بالخدمة والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض
الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي
يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب فلو كانت الجارية بالغة
لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى
غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه
نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع
فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله
كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير
هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على
عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه
ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع

لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون
بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع
على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة
وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع
لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق
في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل
مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما
فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع
لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان
القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا
بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف
عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه
صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم
هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء
واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع
به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته
باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان
العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر

في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان دنيا فقطع ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه
لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا
لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد ومن باع عبدا فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بالبينة حيث
يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل
بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول
ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا
يبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع انه فيما لا يحدث مثله يرجع
للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن
اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه
فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع
وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزمه العيب لانه حجة فيه ومن اشترى عبدا فادعى اباقه
لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يأبق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه
وسلمه اليه وما ابق قط كذا في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق
عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر
للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه
بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع
ما تعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ رحمهم الله على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب
عليها التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام

العيب فاذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمنا قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف
ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ ومن اشترى جارية وتقابضا
فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان
الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا
في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما
لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق
فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح
انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء
الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق
الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط
ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم بها على ما مر ولهذا
لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله
ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر
ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد
فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له
ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع
حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها
في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد
فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون
العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا ومن اشترى عبدا قد سرق ولم
يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق

وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما
أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه
عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير
حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق
وصار كما إذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوع ولو
قطع في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان لما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله فله ثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي
إحداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق
وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب علم أو لم يعلم المشتري
على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يتمكن على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ومن باع
عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح
البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة
إلى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لأن البراءة تتناول الثابت ولأبي يوسف أن الغرض
إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث جميعا

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم
والخنزير والخمر وكذا إذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله
تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه
يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون
أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد

والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري
فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل
لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير
فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير
ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته
وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير
مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما إذا
اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر
فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة وبيع أم الولد
والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها
ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق
يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب
بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد
ذكرناه في العتاق وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدبر
وأم الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق
في حقه القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما
لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت
حكم البيع فيما يضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول
فيما ضم إليه كذا هذا ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ
إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة
جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير

مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يدخله مقدور التسليم ولا بيع الحمل والا النتاج لنهي النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة
ولان فيه غررا ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط
المبيع بغيره ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم
لانها تزيد من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح
انه عم نهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف
حيث جوز بيعه فيما يروى عنه وجذع في سقف وذراع من ثوب وذكر القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن
تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن
معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري
يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا
وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود وضربة القانص وهو
ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر
مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عم نهي عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها
بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق لان النبي عم
نهي عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية
لغة وتاويله ان يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا
مبتدأ ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان
على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم
البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهي النبي صلى الله عم عن بيع الملامسة
والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان
ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع
فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين
مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا

الجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو
قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالبغل والحمار ولهما
انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج
حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح
لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح كيفما كان لكونه منتفعا به
ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده
والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الابق لنهي النبي عم
عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في
حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع
ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند الاخذ لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب
عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباع
لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق يتم
ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح يتم العقد اذا لم
يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد
البيع وهكذا يروى عن محمد رح ولا بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر
ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا
على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضد الضعف وهو الحي
ولا حياة في اللبن ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة
فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل
افسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف
ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان
ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا

وقد قال عم لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء
وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به وقد قال عم لا تنتفعوا من الميتة
باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت
بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها
ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير
نجس العين عن محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به واذا كان السفل لرجل وعلوه
لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه
والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو
اختيار مشايخ بلخ رح لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب
وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل
وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا
معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق
اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور
وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور
يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع
كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد العقد ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان
الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق
بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي
مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها
وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن
اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع
الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع

بمثل الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت
بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة
بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها
واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل
في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه
او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها ومن اشترى
زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه
بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف
وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر
اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو
في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها
ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم
غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره
بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر امر حكمي
فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه
المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي
عم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه
وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية
عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة

المبيع لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذا الشرط لا يقتضيه
العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة
للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا
وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط
العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع
قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث
ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق
الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت
الملاءمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبله موقوفا وكذا لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا
على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة
في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عم عن صفقتين في صفقة ومن باع عينا على ان لا يسلمه
الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها
فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها
فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن
بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء
لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل
ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها
لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن
اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رض ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا

وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز
والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية
الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم
الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز
لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم
فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف
اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى
هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس
في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره
وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله
في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد
منهما ثمنا جاز في العبد فان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته
من الثمن عند الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له
اعتبارا بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى
الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول
في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع
في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب

برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رح وابي يوسف الا ان الملك
باستحقاق المبيع وقولا باستحقاقه انفسم رده والبيع وكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى
عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرطا لقبول البيع في غير المبيع والبيع بالحصة ابتداء
ولهذا اشترط بيان ثمن كل واحد

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته
وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد
ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال
وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال
نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير
الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال
فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة
وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى بدلالته كما اذا قبضه
في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة
والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال
يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ
امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه تحقق المراضاة في حق من له فان باعه
المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني

ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم عليه لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع
بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل
بتسليط من الشفيع ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز
وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة
انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا
فشيئا فيكون الرد امتناعا وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به
فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا
على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا ومن باع دارا بيعا فاسدا
فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك
في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الخلاف لهما ان حق الشفيع اضعف
من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل
بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع
حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه
فكذا ببنائه وشك يعقوب رح في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب
الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق
ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود
فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه
فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة
وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة

شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذا إذا ادعى على آخر ألفاً فقضاه
إياها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك
ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين والله أعلم

فصل فيما يكره

ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره
وقال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه
ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ الثمن في المساومة فأما إذا لم يركن أحدهما
إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان
يضر بأهل البلد فإن كان لا يضره فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو أن
يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام
الضرر والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه
وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد
في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد
صح أن النبي عليه السلام باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إلى نوع منه قال ومن ملك
مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيراً والأصل
فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب عليه السلام لعلي رضي الله عنه
غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى
اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح
لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف
القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر
لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به قال فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن أبي يوسف

يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون
إلا في البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين
وكانتا أمتين أختين

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع
بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه
دفعاً لحاجتهما فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخاً فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رح وعند
أبي يوسف رح هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رح هو فسخ إلا إذا تعذر
جعله فسخاً فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رح أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر
عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف رح أنه مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام
البيع ولأبي حنيفة رح أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية
ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعاً في حق الثالث
أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول
إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الإقالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ولا يمكن إثباتها في الرفع
وكذا إذا شرط الأقل لما بينا إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات
بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رح وعند محمد رح جعله
بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رح لأنه هو الأصل عنده وعند
محمد رح هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً فهذا
أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول
عند أبي حنيفة رح ويجعل التسمية لغواً وعندهما هو بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالإقالة
باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعاً والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عنده

حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان
البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان
رفع البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع
فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة
ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي
في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة
ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا ولا تصح
المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري
باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم
وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف
الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء
برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان
ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء
بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان
اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده
وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله
ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك
بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة

انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك
قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار
لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما
يقابله عند عجزه ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل
ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير
صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول
قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني
ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة
احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا
بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره واذا اشترى العبد المأذون له
في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على
عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي
فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة
في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول واذا كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر
ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله
بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم
الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح ومن اشترى جارية
فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها شيء من الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها

والمسلم فيما اذا لم ينقصها الوطي وعند ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس
بفعله وهو قول الشافعي رح واما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة
حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين
يقابلها شيء من الثمن فقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير
بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة
فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يتخير كما في العيب
وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين
رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم
لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان
المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام
عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس
وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا
لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل ومن اشترى شيئا

مما ينقل ويحول لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز
رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد
والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة

المنافع وهلاكها غير نادر ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة
او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عم نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة
لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة
المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم
لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به
لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم
ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود
عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا يحل له
الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ
بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان
يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد
عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا
بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف
الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية
التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء
يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ
بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع
على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال [illegible]

اخراج البدل عما يقابله فيلغى اصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان
حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت
الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة
الكفالة وقد ذكرناه من قبل وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله
لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي
ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى
اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض
من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع
بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى له

باب الربوا

الربوا محرم في كل مكيل وموزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضه ويقال القدر
مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل
ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين
بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط
والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط
الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء
الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا محضا والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل
وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته
حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض
شرط فيه ولا يعتبر التفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله
عم جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه

لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه
مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل
كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي
مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة
بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة
هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع
بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود
القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل
والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة
واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم
النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد
بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا
في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه
يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين
بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف
فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر
من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وكل شيء نص رسول الله عم
على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر
والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وعن ابي يوسف رح
انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها
وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان

تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا
لوجود الاسلام في معلوم وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى
يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة
بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى وما سواه مما فيه الربوا
يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام لقوله عم في الحديث المعروف يدا بيد
ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط
فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف
لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عم يدا بيد عينا بعين كما رواه عبادة بن الصامت رض وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة
بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر ويجوز بيع الفلس
بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا
بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد
فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما
لانه كالي بكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء
ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان
كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة
متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام
المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي
يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية وكالعلكة بالمسوسة ويجوز بيع اللحم بالحيوان

عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون
اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط
او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال
يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز لقوله عم حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم لا اذا وله ان الرطب
تمر لقوله عم حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا
جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم
ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه
ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا
عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع
بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل
الاحوال وهو المال وابو حنيفة رح يعتبر في الحال وكذا ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت
فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون
تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود
عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر
اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع
التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت او الشيرج
اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه
من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل
ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب
بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان

بالاجماع ويجوز بيع اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم فاما البقر والجواميس جنس
وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد
ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة وكذا
خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف
الغنم جنسان لاختلاف المقاصد وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا
فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول
وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه
الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت
بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز
وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق
الربوا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه ولا بين
والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله اعتبارا بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام
لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالا
مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها
فله العلو والكنيف جمعا بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو
من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل
فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه
منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل
في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه والخالي عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف

لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما
ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتا في دار
او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب
والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا
يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع
بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه ويتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة
فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها
مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به
ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء
بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال
محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا ومن اشترى
عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة
معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع
وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما
لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد
اذ القول قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا بالثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور
والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل
الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ
بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره مسألة قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق
يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد

عنه والتناقض يفسد الدعوى وقد قيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عند ابي حنيفة لتضمنه
تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض
لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق
قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا
ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت
المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل

في بيع الفضولي ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال
الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة
الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره
بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه
نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل
ياذن في التصرف النافع وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة
في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا
للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا
معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض
الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه
والشراء لا يتوقف فلو هلك المالك لا ينفذ باجازة الورثة في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف
اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى
البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك

قال عم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه
دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان
يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا
حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما
ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه
وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون
يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك
وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا
وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما
اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح فان قطعت يد العبد
فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه
حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش
ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبايع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ
على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر فان لم
يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه
وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك
للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب
البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البايع
او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار
منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط

طلب المشتري قال رضه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه
للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط
الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن
البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي
مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون
وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي انه
عم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه
القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم
فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان
والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا
لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل
اوجب العاقد فيه وامكن ذلك وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد
منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس
على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية
يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما
يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت
ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا باصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا
في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد رح لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما
باصطلاحهما وتعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير
معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر
ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع

العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل
فيه جميع اجناسه حتى العصافير ولا في الاطراف كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت
ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به
الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك
لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عم لا تسلفوا
في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل
ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ
على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم
القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم
في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم عنده ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما
بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري
فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته
او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح
والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل
المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص
في السلم ولنا قوله عم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر
على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا
ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم
والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه
التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط

كالقصاع مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل

فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

والى هذا اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه المسلم ولو كانت النسبة

الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة

الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة

كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معلوم او كذا وزناً واجل معلوم والاصل

فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون

والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان

معيناً ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل

بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفاً ولا يستبدل في المجلس

فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي وربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في

العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرع وصف فيه لا يتعلق

العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم

يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه

لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة

ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة

لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ

ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما

وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب احدهما شيئاً له حمل

ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلاً وهو اختيار شمس الائمة السرخسي

وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان

الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير

والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال

في الحال ولو عين مكاناً قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق

ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض

رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي

وان كان عيناً فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين

ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا

قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد

في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط

خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم

اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم

مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض

ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحاً

ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بيناه وهذا لان الدين لا يتعين في البيع

الا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً ولا يجوز التصرف

في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني

فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية لانه تصرف فيه

فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ

الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان

الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لانه

دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة

عليه ما ذكرناه ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كراً وامر رب السلم بقبضه

قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه

اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه

صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة

ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق
البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة
الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان ومن اسلم في كر فامر رب السلم
ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه
فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة
مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى
انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره
بصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا
ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا
تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت
بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ
بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا
كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده
نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه
بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به
من جهته لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء
شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم
اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان
صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه
فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد
في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف

ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه
في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محله
بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه ومن
اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه
قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا
وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم
اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره
حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف
عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على
عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد
دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان
خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة
ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان
كان ثوب حرير فلا بد من بيان وزنه لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها
تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم
في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن وكل ما امكن ضبط صفته
ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست
او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه
لانه دين مجهول وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس

لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه
العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين
الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح وهو بالخيار
ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح
وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره
وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له
اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل
انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير
سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة
للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل
على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم
الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير
منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين
والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عم نهى عن بيع الكلب
الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال
في حقنا وقد ذكرناه واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة
فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال
في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز

ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين
واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير
للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري
بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح ومن اشترى جارية
ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال
وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض
والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي
استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة
انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع
الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري
ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي
فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري
اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد
شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن لم يقبض الا نصيبه
وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب
صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه
كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه ومن اشترى جارية
بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل
ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند
ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي
كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا
ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة
ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا
افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه
ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء
على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل
الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل
النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه
من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه
لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت
العبادة النافلة صرفا فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت
في الجودة والصياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث
وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول
عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي
بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر
فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين
الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة
واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه
وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب

بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا
الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود
الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم
يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي
تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد
الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل
كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون
متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط
القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ومن باع جارية قيمتها
الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال
ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان بالواجب
وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز
في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بيناه وكذلك ان قال
خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف
وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع
كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده
بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل
او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت ومن باع اناء فضة
ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف
كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع

ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب
في الإناء ولو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض ومن
باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز
وعلى هذا الخلاف إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس
تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز
وإن كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن
صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف
وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره
وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا ولنا أن المقابلة
المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير
وصف الأصل لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما إذا باع نصف
عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل أما مسألة المرابحة فلأنه يصير
تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة
على الألف إلى المشترى وفي الثالثة أضيف العقد إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي
الأخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم
ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على
ما روينا فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وإن لم
تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض
ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة ووجهه أنه يجب بهذا العقد
ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم

المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل
الصرف وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفسخ
قد يثبت بطريق الاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا فإن كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه
انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة
في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان
الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز
بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا
لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء
منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم
والدنانير اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية
السيف وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف
حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط
في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال مشايخنا رحمهم الله ولا يفتى بجواز ذلك في العدالي والغطارفة
لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما
لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين
وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم
لعدم الرضا منه وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع
عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها
لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع
وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد يوم

لانه لا يرد الى الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح فما بقي فيبقى
بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز
البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب
عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما
بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض
وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر وقول
ابي يوسف رح ايسر ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس
وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس
فكذا عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس
وعن محمد رح انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار
معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح سيما في ديارنا ومن اعطى صيرفيا درهما
وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان
بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة
بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه
كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع
من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس
قال رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين
والاول اصح الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها

احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف
الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عم الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه
ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة
ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او
برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة
او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة
لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال
علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معناه في هذا المقام قال عم ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا
اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه الحديث والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك
قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة
ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق واذا احضره وسلمه في مكان يقدر
ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه
ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه
في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه
ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ
لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة
فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه

لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بري فدفعه اليه فهو بري لانه موجب
التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة بكفالته ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما
مقامه فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط
لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد
منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة
دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه
المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى
دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وان صحت
ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا يصح الكفالة بالنفس فلا يصح
الكفالة بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في
فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب
عليها الثانية ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها
عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها
الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت
نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل
فيتحقق الضم ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس
للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال

لانه نوع عقوبة فلا يجب الحبس كما لو ذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص
بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن
الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر
فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا
يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول
تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى
الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط
ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله والمكفول له بالخيار ان شاء
طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول
لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل
تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار
احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة
فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه
فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك
ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان
الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل
واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار
ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير
ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا
ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع

إذ هو غير ممتنع وقد رضي به فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره وإن كفل بغير أمره لم يرجع
بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن
لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا
في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء بخلاف
ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل وليس للكفيل أن يطالب
المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء
لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا إذا حبس
كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه
برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل
لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير
عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل لأن التأخير إبراء موقت
فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا
الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما هاهنا بخلافه فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على
خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل
فبرئ عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح
عن جنس آخر لأنه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الألف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل
لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة ومن قال لكفيل ضمن له بألف قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول
عنه معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا
بالإيفاء فيرجع وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن
إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد رح هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى
ولا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رح هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه
الإيفاء دون الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل
ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح

عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد
بخلاف إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه
بنفس الحد لا بنفس من عليه لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة وإذا تكفل عن المشتري
بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن
والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رح لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع
بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان
أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم
الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا ومن استأجر
دابة للحمل عليها فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة
لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة وكفل له رجل بخدمته فهو باطل
لما بينا ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف
يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له
أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي
في النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا
يتوقف على ما وراء المجلس إلا في مسألة واحدة وهو أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين
فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا
قالوا إنما يصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب
فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه وإذا مات الرجل
وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رح وقالا تصح لأنه كفل بدين
ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان
يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال ولأبي حنيفة أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب
لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان له كفيل وله مال فخلفه أو الاقتضاء إلى الأداء باق ومن كفل عن رجل
بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به
لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد
لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل
منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه ملكه إلا أن فيه نوع
خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها
وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند أبي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رح هو له لا يرده على الذي
قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار
قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق
في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له ومن كفل
عن رجل بألف بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه
البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع
ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة
سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة
لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل
فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل
والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه
فأقام المدعي البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل لأن المكفول به مال مقضي به وهذا
في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض

أريد به المستقبل المستأنف كقوله أطال الله بقاك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن أقام البينة أن له على
فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي
على الكفيل خاصة وإنما يقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران
لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضي له
بالآخر وإذا قضي بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره
لا تمس جانبه لأنه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل
بما أدى على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا
شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة
في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع
وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل
لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة
يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا كتب في الصك
باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال
فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولأن المال
أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان
باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف
ما إذا باعا صفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد
ثمن حصته وإن قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه
وهو يخالف الزكوة لأنها مجرد فعل ولهذا لا يؤدي بعد موته من تركته إلا بوصية وأما النوائب فإن
أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى وغيرها
جازت الكفالة بها على الاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ

ومن قبل الى صحة الشيخ الامام علي البزدوي رح واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها
والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال
لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر
وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير
المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر
ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الاول بالثاني
وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل
بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر
الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية
بالثمن على البائع لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات
في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد
تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار
ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو
بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل
واحد منهما اصيل في النصف وكفيل في النصف الآخر ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة
لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي
الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما
يرجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل

وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فيصح الكفالة
عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا
عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور
لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينقض بعد ذلك ثم يرجعان على الاصيل لانهما
اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه
بامره واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على
الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه
حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين واذا كوتب العبدان كتابة واحدة
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد
جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة ولو لم يؤديا شيئا
حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون
وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما
وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما
فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة
فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق
بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب
وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير
معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد
بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد

وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رده على وجه يخلفه قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عليه

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عم من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لاحتمال عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توي لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين

اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته به فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رح وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد

جدا بالنسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح
عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا
انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار
من هو الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادة الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال ولا باس بالدخول
في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضه تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه
فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه
كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عم من جعل على القضاء
فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله
يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا للقضاء دون غيره
فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب
الولاية ولا يسالها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده
ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان
الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضه تقلدوه من معاوية رضه والحق كان بيد علي رضه في نوبته
والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل
بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط
التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها
في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا
ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها
في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين

لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة
لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل
بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير
وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل
قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت
باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم
القاضي اليه والقاضي يقول هو لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد
كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس
في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عم انما بنيت
المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله عم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا
يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة
المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب
المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في دابة ولو جلس في داره لا باس
وياذن للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة ولا يقبل
هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني
ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة
الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الاطلاق
قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عم للمسلم على المسلم
ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عم نهى عن ذلك ولان فيه
تهمة واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس
والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك

حقه ولا يتمكن في وجه ابدائها لانه يجتري على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء ولا
يلقن الشاهد وهو معناه ان يقول أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق
بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها
وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب
المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل
بانكاره فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر
والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو
لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان
يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي
اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له
الا فيما بدله مال وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان
تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط
النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له
مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه والحبس
لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض
الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه
استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل
في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رح وفي الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين
غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين
فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر

عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده ويحبس الرجل
في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد
على الوالد كالحد والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك
لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة
لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز
وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص
بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده
وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة
ويقبل في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد فيه ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة
وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه رح انه يقبل فيهما
بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه
ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي
الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم
التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ
ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال
ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن
ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
واختار شمس الائمة السرخسي رح قول ابي يوسف رح واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة
الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم

فاذا سلم الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه
علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد
قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء
قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا اخر في غير عمله
او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه
على ما عليه مشايخنا رح لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة
ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي
ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف
المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف
دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة
وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى
لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء
قاض اخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره
لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو
دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه
روايتان وجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده
وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه

الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول وكل شيء
قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا
اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسالة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت
في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة
وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد
ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب
فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون
بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى
على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب
وقد عرف تمامه في الجامع ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه ولو اقرض الوصي ضمن
لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج والله اعلم

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه
جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم
لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا
حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد
من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه
الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما
على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر
المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم
خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل

بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف للكتاب ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل
باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع
ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على الحكم يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر
بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء لانه
لا تقبل شهادته عليهم لمكان التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه
الى الراي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لآخر
فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو
وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما
تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك
يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يمنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل
تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه
لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه واذا كانت زائغة مستطيلة
تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة
القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى
فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من
فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكن المنع من المرور
في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق
طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده
ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسالة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى
والمدعي وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي
الى المنازعة على ما عرف ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني
الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض

اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق
ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد
مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه
الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا
من جهته اذ الفسخ يثبت به اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ومجرد
العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض
من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ قضى وهو عبارة عن القبض
ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم
جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي
عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له
ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد
فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا ومن ادعى على آخر الفا فقال ما كان لك علي شيء
قط فاقام البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح
لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق
قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال
ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته
على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء

قبوض بالدفع اليه فقال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول
لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا
معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فيصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح واذا قسم الميراث
بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم
يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا
او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق او اللقطة الى صاحبه او اعطى
امراة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم
الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق
واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل
بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف
عن مذهبه رح ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض وان كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان
اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي
هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي هي في يده
جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال
في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة
الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه
يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف
ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي
انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك

ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه يقبل ايضا لان المحتجب والمخدرة قد يؤذي بالشغب
على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر
انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط واقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع
البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رح انه يقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه
الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع
وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر ذكر حق كتب في اسفله
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام
بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق
وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا
لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل
موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا
ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة
بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم
الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار
كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك
بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه

القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له
وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه
لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة
بدين على الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه
لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة
وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى
ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون
مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء
فتنصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة
في العشرية راجحة عنده وعند محمد لا يدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع
لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد
ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء
لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك
من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد رح بشيء لاختلاف
احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على
حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله ومن
اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل
حتى يعلم وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر
بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم
وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس
بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان

او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله
انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول
الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع
واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه
ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع
لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان
امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه ويرجع الوصي على
الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بما ضمن
غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان
العاقد عاملا له

فصل آخر

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه
او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ
بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه
واستحسن المشايخ رح هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه
الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه
طاعة وقال الامام ابو منصور رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان
عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا
لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا
ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت
بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض
ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور
ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع

او الاخذ بما قال القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان
معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا
هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا طلق او اعتق وهو
مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي لا يضمنان
لانهما فعلا في حالة القضاء وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه فلا يبطل بسبب
الضمان عليهما بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما
وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله
في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه
ليس بحجة

كتاب الشهادة

الشهادة فرض تلزم الشهود لا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا
الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق
والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي
عن الهتك والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عم
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه
دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق
المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان
لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها
اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري
مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود
والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات
ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها

شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة
والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة
ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة
والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها
القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل
العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا
لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف
القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد
الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق
واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد
اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب يحلف البائع
لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي
لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور
الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة
فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة اما العدالة
فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة
هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب

المروءة والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنى على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية

فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء وقالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل

الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار
من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل
في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون
في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر
للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر
لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا
وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا
رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن
ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار
الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح
انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ومن كان في يده
شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع
الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له
قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق قول محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع
التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى نيابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا
الى نيابة واصالة ثم المسألة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك
استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد
والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان
الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه تقبل فيما يجري فيه التسامع

لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل
لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما
في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز
الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر
وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية
الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا
ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت ولا المملوك لان الشهادة من باب
الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود
في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى
الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة
فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا
شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا
شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره
ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة اليهم فيكون شهادة لنفسه
من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد
ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل
المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير
كالمستأجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما
متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته
ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود

فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به
ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه اذا كان
عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا قال ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه
شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الرجل لاخيه
وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل
شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه عم نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث
غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب
بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر
التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا او يقامر
بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب
بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا
مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك المروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيتهم قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه قال وتقبل شهادة اهل الاهواء
الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما
اوقعه فيه الا تدينه به فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا
مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون
الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم
قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل
لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته
على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي عن النبي عم انه اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل

الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف
شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل
الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به
المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة
المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف
الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب
الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر
كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة
المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف
لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رض قبل
شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضوه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين
لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا
العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ رح
لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس
ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته
لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس
لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت
عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد
لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت

معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب الثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي
الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على نفسهما فيثبت
الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل
او انكره لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما
وهي غير موجبة لمكان التهمة ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا
يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا شهدوا
على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم
في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة
واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا
اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل
وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود
في قذف او شارب خمر او قاذف او كاذب او شريك المدعي تقبل لانه يتعلق به تمام الحد ومورد
الشهادة وكذا اذا شهدوا انه قذف فلانا والمقذوف يدعيه لتعلق الحد به وكذا اذا اقام البينة
ان الشهود زنوا او شربوا الخمر او سكروا من النبيذ اذا لم يتقادم العهد لانهم يحدون وكذا اذا
اقام البينة انهم عبيد او احدهم عبد او شريك المدعي والمدعى مال لان الرق ثابت في اهلية الشهادة
راسا وكذا الشركة لانه دعوى فيكون دفعا وكذا المحدود في القذف على اصلنا بخلاف ما اذا شهدوا
انهم فسقة او زناة او اكلة الربوا لان الفسق ثابت في اهلية الشهادة وكذا لا يدخل تحت الحكم على
ما ذكرنا بالشاح الاشاعة المفروضة ثم يثبت الجرح في ضمنه على ما مر بخلاف المحدود في القذف
لان الاظهار حصل بالقضاء او بشهود القذف وبخلاف ما اذا شهدوا على اقرار المدعي ان الشهود
ذلك لانهم ما اظهروا الفاحشة بل شهدوا على اظهارها غيرهم فلا يوجب ذلك تفسيقهم ولان فيه

سد قبول الشهادة لان الانسان لا يعرى عن نوع فسق فيه خصمه على فسق شهوده بخلاف المحدود
في القذف لانه تمام الحد او لا بد من بيان من حد من قضاة الامصار وذلك على ما ينبغي من الجانبين
فضلا عن الجواب ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى
قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق عليه ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد
يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام
عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان
المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع
الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة
الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا
وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت
وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما
يوافقها وانعدمت فيما يخالفها ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد
احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة
وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف
والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد
وصار كما اذا اختلف جنس المال وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة
والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين
فان قال المدعي لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود

وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو كان اصل حقه الفا وخمسمائة
ولكنه استوفى خمسمائة او ابرأه عنها قبلت لتوفيقه واذا شهدا بالالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت
شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا وينبغي
للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع
الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول
زفر رحمه الله لان المدعي كذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله
لا يمنع القبول واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة
واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتان لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت
احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان
كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار
كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان
فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل
فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد
على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي
اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذا الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر
وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على

مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه
وان كانت الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق
والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه
لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة
ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين
فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر
في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين
السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك
ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي
دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا
كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل
الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه
يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به
للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان
ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت
الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة
على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل
وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب
يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه
وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف

انه يقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ
من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة
الى ملك وامانة وضمان فيتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف
الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس
الخبر كالمعاينة وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان
شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل
حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة
لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز
عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على
شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام
واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رض لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
لما روينا وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الاشهاد ان يقول
شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني
على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم
يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده
بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع
على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده
بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل

شهادة الاصول لتقوم حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها
للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان
في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول
احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم
من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة
من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول
في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم
وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة
فلا تقبل ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف
القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود
الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة
بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي
هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة
ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر
حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا
انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي
لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو
قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة
الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية
عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد

عند أبي حنيفة ومحمد رح خلافا لأبي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكرنا الجد بقوم مقام الجد لأنه اسم الجد
الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى

فصل

قال أبو حنيفة رح شاهد الزور أشهره في السوق
ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رض أنه ضرب شاهد الزور
أربعين سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر
وله أن شريحا رح كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان
مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر رض
محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح
فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول
إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس
الأئمة السرخسي رح أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير
ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته
أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة
لأنه نفي الشهادة والبينات للإثبات

باب الرجوع عن الشهادة

إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي
بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فإن حكم بشهادتهم
ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولأنه في الدلالة
على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم
لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله ولا يصح
الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي
أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم
يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل
بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب
صحيح وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه

التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رح لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب
عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه
صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا
قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين فإن
رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى
بشهادته نصف الحق وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع آخر
ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل
بقي نصف الحق وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه
عند أبي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام
رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل ولأبي حنيفة رح أن كل امرأتين قامتا مقام
رجل واحد قال عم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا
شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وإن رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين
لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة
بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها
ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف
لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك
إبانة لخطر المحل وكذا إن شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع
متقوم حالة الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها

من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض
وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا
او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضيف التلف
اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف
السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ
فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا
بشهادتهما وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء
للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا
الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رح يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي
يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا وها هنا لا يفضي
لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا
اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف
واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم
ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب
وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا
اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما لا ضمان عليهم
لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع
نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما
على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول
وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول
من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع
كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض
بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وان رجع

المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود
الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة
بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا
فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط الا ترى
ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ
فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز ان يعقده يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره
فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ابي سلمة
ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات
وقد صح ان عليا رض وكل عقيلا رض وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض وكذا بايفائها واستيفائها
الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها
تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد
لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء
فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع
ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند
حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور
الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب
من عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه
لما فيه من شبهة عدم الامر قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون
الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول
الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه

فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره
والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه
احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده
من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رض وهذا
شيء استحسنه المتأخرون ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام
لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل
ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان
صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك
للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا
عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه
باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن
ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه
دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب والعقد الذي
يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل
دون الموكل وقال الشافعي رح يتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق
بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد
يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به
فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض ويخاصم في العيب
ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد
يتهب ويصطاد وهو الصحيح قال رض في مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد

يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب
وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة
العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب
الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو
من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا
لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب
الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة
فيه واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق
الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه
ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان
عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده اذا كان
تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رح لما انه يملك الابراء ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه
الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون
ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على
التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع
اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس
فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان
بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد
او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين
الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه

ذكر ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يصح واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه

بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا

وعينا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له
ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة
ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل
لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا
يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام
على هذه الوجوه ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته
لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول
اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني
هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن
منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه
يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول قول الآمر لانه موضع
التهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا
والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما
يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال
غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان
ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له ذلك لان الاقرار يرتد برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون
بيعا من جهته ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي
وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل
مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره

ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء
كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت
فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف
ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري
بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا
العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله
وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر
فهو له وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور
وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق
والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين
في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه
وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم
يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء
على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا ومن دفع الى آخر الفا وامره
ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول
قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي
عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث

اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفا وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول
قول الآمر أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه انهما يتحالفان لان
الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف
ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول
المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة
الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو ان
البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق
عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها اليه فقال
الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا الوجه فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه
اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار
كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ
حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه
متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا
للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان
العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق
معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد
يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان
ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد
للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان
وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني

نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل
شهادته له عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة
اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى
حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع
التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة و
الصرف على هذا الخلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز
بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان
التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة
بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع
مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف ايضا عند شدة الحاجة
الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع
من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما
نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال و
الوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله
لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء
شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذلك الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل
بالشراء لانه يطلق العقد والذي لا يتغابن فيه الناس ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض
ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول
ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه
جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف

يجوز عنده فاذا باع النصف يراه اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بان يشتري له عبدا فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر واخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الامر فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة

باطول من هذا ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد

بعينه يجوز لان الراي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن
لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما
اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن واذا زوج
المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي حرة صغيرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها
لان الكفر والرق يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر
المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال
ابو يوسف ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية ا
واما المرتد فتصرفه وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية
وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه
لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح وهو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به
ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور
الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا
يملك فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما
ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى
لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن
الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين
نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع
في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل
القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان

المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة
بالاجماع لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام
الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس
ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم حاضر فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر
يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام
البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذا العتاق والطلاق وغير ذلك
ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في
قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه
يخرج عن الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي
لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى
الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون
احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة
قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب
ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رح ان الوكيل
قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا
يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة
الخصومة قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها ومكروا ومكر الله وجزاء السيئة لا يكون سيئة
بل هو حكمة ولكن سمي سيئة لانه خرج جزاء له او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة

حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع المال اليهما ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك
ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره فلو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول
قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو
نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب
بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم
امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه
والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع
يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض
وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون
عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم
على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع اليه
وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد
المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى
فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه
ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقر له بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه
المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى
الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه
من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه وان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال
قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وان وكله بعيب في جارية
فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان
ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عندنا بعد ذلك لانه لا يفيد واما
عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف
المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه
ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخل

باب عزل الوكيل

والموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة
لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة
الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن فان لم يبلغه العزل فهو
على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع
الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح
وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده وتبطل الوكالة بموت
الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه
حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله
بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم
وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته
نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل

امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى يموت او يلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها
على ما عرف واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه
تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز
والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع
اذا باعه الموكل واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته
وجنونه وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رض وهذا عند محمد
فاما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل
يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق
عاد وكيلا ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهلية وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد
الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انها تعود كما في الوكيل
والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم
بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكل باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه
او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاقها
فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف
بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن
للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له
ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب
بقضاء قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له
من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب
لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل
زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعا عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم
ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما في الكتاب وهو حد عام صحيح
وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد
وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعا عليه
هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار
للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد
صورة لانه ينكر الضمان ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى
الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعا عليه كلف احضارها
ليشير اليها في الدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة
في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا
القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين
المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره ان شاء الله تعالى فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعا معلوما
لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رح
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعا عليه وانه
يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود
الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا
لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابع لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد
في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعا عليه لا بد منه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعا عليه انه في يده بل لا تثبت اليد
فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف
المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون
مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول

يجب ان يقول في يدي بغير حق وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر
فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها
لينكشف له وجه الحكم فان اعترف قضي عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر
سأل المدعي البينة لقوله عم فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف فان احضرها قضي بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى
انه كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال
ابو يوسف ومحمد رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت
بينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل
جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح ولا تقبل بينة صاحب اليد في
الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور
وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج
اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج
لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي
عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى
لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على
اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه وينبغي للقاضي
ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو موضع الخفاء واذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضي عليه بالنكول وهذا التكرار
ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض

مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت
وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح واذا كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب
والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر
المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على
كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه
اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رح انه بذل لان
معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا
يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع
الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون له بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي
وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين ويستحلف السارق فان
نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع لا يثبت به فصار
كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل
ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت
النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في
الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقرار المقر كالاب
والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس
لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال
خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد
ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يده

فيقطعه فيجب عليه الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لعدم القصد لا يباح وهذا البذل معتبر لاندفاع الخصومة به
فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق
يحبس به كما في القسامة وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كيلا
يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى
استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد
الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي
عن أبي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي
بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة
فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل
إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه
عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال عم من حلف بغير الله
فقد أشرك وتؤكد بذكر أوصافه وذلك مثل قوله والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر
عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة وإن شاء القاضي لا يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ
على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين
بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل
على عيسى لقوله عم لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عم أن حكم الزنا
في كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى عم والنصراني نبوة عيسى عم فيغلظ على كل
واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رح في الأصل

ويروى عن أبي حنيفة رح أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي
والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رح لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما
ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون
الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لأن القاضي
لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به
وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع
ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف
بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف
بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
لأنه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله
ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب
يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رح أما على قول أبي يوسف رح يحلف في جميع ذلك
على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب
يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع برافع
إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع وذلك مثل أن تدعي
مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لأنه لو حلف على
الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وإن كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه يحلف على السبب بالله
ما أعتقته لأنه لا يرتفع بخلاف الأمة والعبد الكافر لأنه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض
العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لأنه لا علم له
بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين
إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة ومن ادعى على آخر مالا فافتدى
يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رض وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين

ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقامها البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف رح اخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبتدأ بيمين البائع لقوله عم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمنا بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل

يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان وينفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على

حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل
وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة
القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ رح ويصرف الاستثناء عندهم
الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ
من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ رح ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وما كان
لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري الا الى التحالف لانه لما اخذ البائع
بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم
واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف
المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع
بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخ العقد
في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم
القبض فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته
وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم
رد احدهما بعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده
وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر فالقول قول المنكر
وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك
وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الامر فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح
بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف رح ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف

فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسالة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة
على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا
لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا
في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا
يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بعيب وهلك قبل التسليم
الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما واذا اختلف
الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته
لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر
مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف
في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على
ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر
شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضى بما ادعته المراة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا
لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رض ذكر التحالف واعتبار التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان
مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها
ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي
بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح
على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسالة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت
مثل مهر مثلها يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان
اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع
قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر
لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه

وأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة وإن كان
الاختلاف في المنافع فبينة المستأجر وإن كانا فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل
نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة وإن اختلفا بعد الاستيفاء
لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح ظاهر لأن هلاك المعقود
عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد رح لأن الهلاك إنما يمنع التحالف عنده في المبيع لما أن له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد وإذا امتنع التحالف فالقول قول المستأجر مع يمينه
لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي
وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة
كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد عليه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل
وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي رح لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي
بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى
ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن ولأبي حنيفة رح أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف
للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل
لا غير فلا يتحالفان وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن
الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية
فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها
لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بينهما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة
فإن مات أحدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي
دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها
والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم
في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد

ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة رح
والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة
الحياة لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات والله أعلم

فصل فيما لا يكون خصما

وإذا قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه
فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه
وبين المدعي وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست يد خصومة وقال
ابن شبرمة لا تندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه
قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي
وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا
تندفع الخصومة بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد
أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته
إلى ذمة غيره وقال أبو يوسف رح إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وإن كان معروفا
بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه
ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود أودعه
رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن
للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا
الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند أبي حنيفة رح تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل
إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول فلم يكن يده يد خصومة
وهو المقصود والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضر شهوده وهذه المسألة
مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة بتوفيق الله تعالى وإن قال ابتعته
من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وإن قال المدعي غصبته
مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة لأنه إنما صار خصما

بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى يصح دعواه على
غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام
البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح
تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل
يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه
واقامة لحسبة الستر عليه فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه
فان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة
لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد
خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد
منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما
لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز
فيتهاتران او يصار الى القرعة لانه عم اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين
وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود
بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد نكاح امرأة واقاما
بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق
المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا
وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما
وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد
فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى اخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء
الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء

بيقين

في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه
السبق وان ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد
واقام بينة فلكل واحد منهما الخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي
يقضي بينهما بتنصيف لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز
المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ
كل الثمن فان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار
مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف
ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود
الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره بعد التسليم
بعد القضاء فان ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه
احد فاندفع الاخر به فان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه
في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا
في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة فان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا
معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة
مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه
التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة
صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع
وان ادعى احدهما الشراء من ذي اليد وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما
في القوة فان كل واحد عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد
الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين

مملوك للغير صحيح ووجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما
بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه
الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكان البيع اولى فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان
البينة على الملك والتاريخ فالاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق
الآخر منه وكذا لو ادعيا الشرا من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول
اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من آخر
وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا
من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين الا ان توقيت احداهما
لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك
لم يتلق الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى
احدهم الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا
واقاموا البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على
ملك اقدم تاريخا منه كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح
وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك
فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة وهي قامت مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان
اذا ثبت الملك في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة
على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف
وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت
احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع

فهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث
فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى
اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف رح ان التاريخ
يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشرا
ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو قامتا البينة
على ملك مطلق بخلاف الشرا لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ
وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة
قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل
واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد
نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى
ايهما كان لان البينة قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان
الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية
وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه
بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان
يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج البينة
على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يدعي
اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر له بالملك ثم ادعى الشرا منه
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان

ويترك الدار في يد ذي اليد قال رض وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الاخر وقبض
ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان
في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين
وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد
الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا
على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض
تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقت
البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند
محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد
بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجوه
فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر وان اقام احد المدعيين
شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع
بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر
نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح
اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما
في النصف الاخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع
يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر
واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع
نصفها لا على وجه القضاء ونصفها على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته
والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم

ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه والقضاء بدون الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في دابة
واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين
فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما
لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه
ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده واذا كان العبد في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان
تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى
لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير
وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به
فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا كان ثوب في يد رجل
وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق
واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال اني حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا
عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له على نفسه حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر
عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف
ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره واذا كان
الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا
فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله
والهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى
لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه

جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة
فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين
الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة
وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع
الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع
لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولى
ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى
وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء
بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي رح وصححها الجرجاني رح واذا
كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد اخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما
في استعمالها وهو المرور فيها واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض
انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب
عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد
حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا يستحق لاحدهما من غير حجة
وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت
بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له
ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع
اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا والنسب يبتنى على الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء
فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ
البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة
البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة الاستيلاد

وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه
تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح
ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير
وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل
دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد
من تصديقه واذا صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى
لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة
اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك
فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب
في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا
لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها
حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة
الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها
المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها
فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن
ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام
تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع
ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته لانه كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في الاستيلاد
بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق
مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت للمشتري
حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة
والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول
يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت ومن باع

عبدا ولد عنده فباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل
النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره
او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله
وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث
لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ومن ادعى نسب احد
التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا
لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة
اشهر وفي الجامع الصغير واذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري
ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل
فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت فيه الحرية تبعا لحريته
الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع
فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته واذا كان الصبي في يد
رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه
ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان
كان مما لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق
المشترى فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا
ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد
الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت
شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت

نسبه وكذا يتعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل
باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى
المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصلهما فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوى بعد ذلك
فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا
اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام
تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا
للاسلام وهو اوفر النظرين واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة
ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل
لانه يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش
القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة
وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره
فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه
فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون
الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها
ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور
فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة رضه ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه
نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد
يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث
ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا

لو قتل فاخذ ديته لان سلامته بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا

ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها

فلا يرجع به على البايع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت
الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المراة
باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود
والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون
لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه ولا بد من العقل والبلوغ لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان
الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا
بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه
والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له
بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة
لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك كان رجوعا والقول قوله
مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا
اذا قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي
مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول
الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه
اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنا
عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة
لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال

من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمسة وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه
وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من اي فن سماه اعتبارا لادنى
الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق
في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجبت عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله
ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر
من حيث اللفظ فيصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ
يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر
عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق
في اقل من احد وعشرين درهما لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون
فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير الواو فاحد عشر
لانه لا نظير له سواه ولو ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون ولو ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره
ولو قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي للايجاب ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون
حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رض وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان
اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول
اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك
اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال
اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور
في الدعوى فصار كانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه
الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء
لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها
على فلان لانه تحويل الدين ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين
حالا لانه اقر على نفسه بمال ثم ادعى حقا لنفسه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى
الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف

على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب
لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة
مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب
العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان
لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر
بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ومن اقر بتمر في قوصرة
لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة ظرف
ووعاء له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة
والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فكان اقرارا بغصب المنزوع
وان اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم
لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان
الاسم ينطوي على الكل وان اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف
قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب
واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة
اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا
قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب
موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد
الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق وان قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي

من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء
وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا تدخل
الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد
مر الدلائل في الطلاق

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى به
فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه
كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثتهما لانه
اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين
فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار لم يصح عند
ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي
يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد
المتفاوضين عليه فيصير كانه صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له
وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار
للفسخ والاخبار لا يحتمل ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه
الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان
استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا
وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار
او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال
محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا
لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول
ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن
اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى
من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح ومن اقر بحق وقال

ن شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول
فقد بطل وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا
في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى
بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان
العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم
العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه
ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما
بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف
السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه
ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي
تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال
هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند
ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض
في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه
عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا
فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق
ان انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه
اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض

والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا
واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني
لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا
ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال
الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط
الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه
ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح انه رجوع
لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار
كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة
لان استثناء الوصف لا يصح كاستثناء البناء في الدار وهذا بخلاف ما اذا قال له علي كر حنطة
من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي
حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل
المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها
ولو قال علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم
ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل او فصل
لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع
فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب فالقول له وعن ابي يوسف

في الغصب انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض فالقبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة
او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست
من جنس الدراهم الا ان الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا
كله الفا الا انه ينقص كذا لم يصدق وان فصل لم يصدق لانه استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا
بخلاف الزيافة لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كالاستثناء وان كان
الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن قال لآخر غصبتك ثوبا ثم جاء
بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال
الآخر بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان
في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول
مع اليمين وفي الفصل الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان
القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع
لا يكون بدون قبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت
ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر بل
قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان
المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان
فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر
ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس
وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط لي فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان
الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق ان اليد في الاعارة والاجارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه
وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة
لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع وو

اخرى وجه آخر في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا
كذلك في مسئلة الوديعة لانه فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على
هذا الاختلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة
واخواتها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر ايضا في كتاب الاقرار وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت
من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الف درهم ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون
القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد
اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة وهو ينكر اما ههنا فالمقبوض
عين ما يدعي فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس
هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته
باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار
كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون
القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون
لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح
دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل
الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مناكحة ومبايعة ولنا ان الاقرار
لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لانه تعلق حق غرماء الصحة
بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة
وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز
وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة الاطلاق وهذه
حالة الحجر فيفترقان وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد
له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا

المرض مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح اقراره في حق
غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي حق بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار
البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه
او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة واذا قضيت يعني الديون المقدمة
وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة
فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن
ابطال حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة تعلق بالتركة بشرط الفراغ
ولهذا يقدم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لم يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة
وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار
لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عم لا وصية لوارث ولا اقرار له
بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص
البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان
هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع
الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته
ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز
وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول
لما صح اقراره بالثلث جاز تصرفه في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل
ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه
فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره للاجنبية ومن طلق
امرأته ثلثا في مرضه ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام
العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها

ولا تهمة في كل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله
وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب
مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط
ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديق الغلام لانه في يد نفسه
اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية
ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته ويجوز
اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير
ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او يشهد بولادتها قابلة لان قول
القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى
ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت
وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق ويصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث
من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها ولا يصح
التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم وقت الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في النسب
لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له
لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه
لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم
يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى لو اقر في مرضه باخ ثم اوصى
لاخر بجميع ماله كان للموصى له الثلث ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها حتى
ان من اقر باخ في مرضه وصدقه المقر له وانكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى
له فان لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لانه لم يثبت نسبه فبطل اقراره ومن مات ابوه
فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب

على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال ولد ولاية فيه فيتمكن المشتري اذا اقر على البائع
بالعتق لم يقبل في حقه حتى يرجع عليه بالثمن ويقبل في العتق ومن مات وترك ابنين وله على آخر
مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللآخر خمسين لان هذا اقرار بالدين على الميت
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا
غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع
على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعا عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز
فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا
وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعا عليه يدفع المال
لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر
او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه
لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعا عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز فان وقع
الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة
المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه
خيار الشرط وخيار الرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح
عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود
معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح
بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعا عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة
في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه
عوضا في حقه بالشك واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه
يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على

دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن ماله فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة
باقراره وان كان المدعا عليه يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعا
عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان
وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعا عليه
ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض
في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه
لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض وان استحق المصالح عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل
المصالح عنه لانه مبادلة فان استحق بعض ذلك رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت
رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا
باع منه بالعين المدعاة على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعا لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له
بخلاف الصلح لانه ما وقع الا لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب
في الاستحقاق في الفصلين ومن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار
لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى
دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه فيكون هو على دعواه في الباقي
والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد في بدل الصلح درهما فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق
به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز من دعوى الاموال لانه
في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن ويصح عن جناية العمد والخطاء
اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رض انها نزلت في الصلح عن دم
العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح مسمى هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال
بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء
لانه لا يبطل بالعفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت
عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف ما اذا صالح عن

حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان الشفعة حق التملك لا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك
المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت
والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما
في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة على
قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا
صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين
ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان
مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز
الزيادة على ما تعين ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره و
لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه
الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح عنه واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق جواب
الكتاب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال
بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها
بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه
ولو ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها
لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك
الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى
فلا شيء يقابله العوض فلم يصح وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق
المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة
الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد
الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح
عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته

ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بالمال وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه
نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه ومن غصب ثوبا يهوديا
قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقالا يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب فيه هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا
بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه
لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا
وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما
ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح
بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر
فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق
لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا
تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر
الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة
اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل
فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان
لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه
تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فيصلح اصيلا فيه
اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين
بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه صلحا
بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك اذا قال صالحتك على الف هذه او على
عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح واذا

ولو على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك
على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعا عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجز بطل لان الاصل في العقد
انما هو المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان
الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رض ووجه اخر ان يقول
صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته
فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه
ولم يلتزم شيا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشي بخلاف ما اذا صالح على دراهم
مسماه وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شي وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه على خمسماية وكمن له على اخر الف درهم جياد فصالحه
على خمسماية زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه
معاوضة لافضايه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح
على الف موجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسية لا يجوز
فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن
حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسآء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كان
له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لم يجز لان المعجل خير من الموجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازا
ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسماية بيض لم يجز
لان البيض غير مستحقة بالمداينة وهي زايدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسماية وزيادة وصف
وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسماية سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف
ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض
في المجلس ولو كان عليه الف درهم وماية دينار فصالحه على ماية درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن
ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا ماية وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد

ولان معنى الاسقاط فيه الزم ومن له على اخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسماية على انك بري من الفضل
ففعل فهو بري فان لم يدفع اليه الخمسماية غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسماية عوضا حيث ذكره بكلمة
على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء
مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء
الخمسماية في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت
للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه
او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء
ان شاء الله قال رض وهذه المسلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسماية
تدفعها الي غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على
ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابراتك عن خمسماية من الالف على ان تعطيني الخمسماية
غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسماية او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسماية لا يصلح عوضا
مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدا باداء خمسماية
لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسماية على انك بري من الفضل
ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت
للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة
ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسماية او قال
اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراة بالشروط
باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد
ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحطه عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسلة اذا
قال ذلك سرا اما اذا قاله علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه

بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك
بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية
الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمر وله حق
المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد
كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا
عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض
قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين لان حقه في ذلك ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه
فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة
ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا
حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة
فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع
لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع
ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه
فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم
ولم يسلم واذا لم يسلم لم يكن راضيا به ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك
لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأ عن البعض
كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا
بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او
اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا
لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عن جناية العمد واذا كان السلم
بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه
خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم
فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض
فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا
خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني بالاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا
وفيه اثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين
الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع
الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية
التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من
تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك
فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه
بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب
والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس
كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهي
حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه
اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه
متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا
عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانها شبهة الشبهة ولو كانت التركة

غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين [illegible] والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لم يجز الصلح والقسمة لان التركة لم تملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يتعاملون به فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر المالك لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر المالك واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للامر فيصير مضاربة بالعرض ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة وان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد

وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده فله ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال

نفسه فيدخل تحت هذا القول فان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له
ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفع بضاعة الى من يخرجها
من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره فان خرج الى غير تلك البلدة
فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي
التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله
لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه كان المردود والمشترى في المصر
على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه
بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان
فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد
الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى
التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذلك اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له
او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال
واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان
تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على
ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع منهم فباع
بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد
بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه
لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض
كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل

بالشراء اذا خالف فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد
نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم
ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال
ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء
عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع له في زيادة القيمة ولا في ملكه
الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه
منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى
بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة
والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور
الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها
يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا
صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان
عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي
ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام عند ابي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين
لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض
رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه
مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش
الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام
ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا ههنا بخلاف ضمان الولد على ما مر والله اعلم

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رح لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رح أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه فله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول بالعهدة لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق ثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين رب المال والأول لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال ما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رح لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر

من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة
الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له
فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف
في ملك رب المال فبقيت المضاربة فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه
جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها
ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وإنما ينض
بالبيع ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث
صار نقدا فيعمل العزل فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس
في إعمال العزل إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم
يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح
لا يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بدار الحرب في بيع العروض ونحوها وإذا
افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح
كالأجرة وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له
وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال
في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع
والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون
رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة
فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم
هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء
رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه
من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله
وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا
ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى

قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأولى كما إذا دفع إليه مالا آخر والله أعلم

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد
والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له
الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب
وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب
أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند
أبي يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن
على الأيسر أو على الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه
الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة
وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه
والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة
على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به
فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله
أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل
تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله
اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه إلا أن ينص رب المال عليه وهو الاستدانة وهو أن يشتري
بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد
عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى
بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض
والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض ولا يزوج
عبدا ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه
يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار

كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة كذا هذا قال ودفع
شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد
المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل
عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف
والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف
ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل
المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب
فلا تبطل به المضاربة الاولى واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه
وشرابه وكسوته وركوبه معناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس
كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا
بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد ولو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة
الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة
لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر بان كان يخرج بكرة ثم يروح فيبيت باهله فهو
بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه
وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى
يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة
ووجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة
المراة على الزوج ودواؤها في مالها واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع
مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق
الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها فان كان

معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه
استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه
عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة
والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا
بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظام الخلط فلا يضمنه

فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا
يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثه ارباعه على المضاربة
قال رح هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على
رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاخرة ووجهه وهو انه لما نض المال ظهر الربح وهو
خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب
انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على
رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه
ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة
ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على
الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع
راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه
بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان
كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر
اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع وان كان معه الف
بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على رب المال
وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار
المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فدياه خرج

العبد عن المضاربة نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء
عليهما الا انه ينقض قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء
الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم
فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع
ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد
اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة
لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك بعده لا يرجع لانه ثبت له
حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو
قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت
الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو
ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع
ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته
وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم
فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال
لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة في الربح وهو ينكر ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة
المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال
الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص

يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول
لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب
لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقت البينتان فصاحب الوقت
الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عم ليس على المستعير غير المغل
ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل
مصالحهم وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال
غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم
او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء
لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداعه الا اذا استأجر الحرز
فيكون حافظا بحرز نفسه الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة
فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه
المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب
فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها
ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه
وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه
معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا يصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه
لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط حقه في الضمان فتتعين الشركة

في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا
بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل
خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل
تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة وان اختلطت
بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع
فيه فيشتركان وهذا بالاتفاق فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع
لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم واذا تعدى المودع في الوديعة
بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها
الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا
للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة
ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه
ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله
عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة
وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع
كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب
المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح
خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه
بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها
حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك

في الوجهين ولابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملكه
الاب والوصي في مال الصبي وهما يقولان تعتبر مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد
والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة
الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون
في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد
واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ
فكان صحيحا واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه
حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا
رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك
وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع
اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز
المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه
قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها الا
ان باخذ قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف درهم وديعة عند
انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه وان اودع رجل
عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما
نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك
الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر
في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي
تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض
لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه

اناء الليل والنهار وامكنهما المراماة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال وان قال
صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه
المودع ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته
وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له
منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة
هذا الشرط وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن
لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين
ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة
صح الشرط ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس
له ان يضمن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاخر رجع
على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة
غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع
على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه
عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم
يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني
فيستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره
ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد انه له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف
بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث ويحلف لكل على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدا القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما
تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة
وان نكل اعطي للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول

بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي بها اما النكول انما يصير حجة عند القضاء
فجاز ان يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بها بينهما نصفين
على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق
لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد
بنصف الاخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع
الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان تقدمه
ليس بالمرجح وكيف لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ القضاء للاول
ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول
ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعدما صار للاول
وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه ينبغي ان يحلفه
عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره
يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان
وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح
يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة
لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان
بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة
استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة
لعدم اللزوم فلا تكون ضارة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي
منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله
تعالى وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب
وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على

تمليك المنافع بجهتها واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه
سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا
لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة اخره وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح
يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر
فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه
والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة
المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد
لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره
فان اجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح
الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب
الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العقد
كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير
لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤجر
اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وله ان يعيره اذا كان
لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا
من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها
موجودة حكما في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك
في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير
لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة

اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي
وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا
بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة
ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب
مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره
ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين
ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين
فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا
او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا
محلى يتقلده واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء
والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع
بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية
ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء
والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا
للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رح في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رح انه يضمن رب الارض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له
ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت
لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا
للضرر عن المالك واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه

والاجرة مع الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين
والتخلية دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مونة رده واجرة رد العين
المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مونته
عليه واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس
يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري
الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم
يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى
المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان
فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه ومن
استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة
لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله
وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى
عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع
اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع
قصدا كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة
لانقضاء المدة ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك
اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوعة اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة
الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة
بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض
اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك
وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عم
لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك
قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك
فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها
فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب
اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث
انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على
القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة
الصريح وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه
قال عم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد
بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة
اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين
بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف
اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه
يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا
اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او
سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل
على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما
قلنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف
قوله هبة سكنى لانه تفسير له ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم

جاز وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه
وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية
ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير
موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض
لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة
القسمة والمهايأة تجري في المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها
القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص
عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان
من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص
عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع ومن وهب شقصا
مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو
وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لا يجوز وكذا السمن
في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع
العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز
للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم
يجدد فيها قبضا لان العين في قبضته والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب
لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان
في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان [illegible] والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا
اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي
هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك
النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهم

ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى
حفظه وحفظ ماله وهذا من باب لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر
اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض
نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو
من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة
بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب
ومع حضوره لا ضرورة واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها
جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة
الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف
من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف
فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت
لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق
على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا
يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك
بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع
مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها
وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بما ذكر
في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها فعن ابي يوسف
روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض
يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع

فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب
لولده ولان الرجوع يضاد التمليك لكونه جزء الولد ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها
اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته
اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك
يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع بيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها
لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان
ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل
الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد
اذ هو ما اوجبه او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد
الملك بتجدد سببه فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا
وكان ذلك زيادة فيها فانها قطعة تعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها وان
باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع
في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم
محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود
صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة
وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها
بعد ما وهب فلا رجوع واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او
في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا
وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط
الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه
لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع
وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء

وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض
ولم يسلم فله ان يرده وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض
لان المانع خص النصف ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله
وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده
بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا
رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع
لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا واذا تلفت
العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد
تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع
لا في غيره واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لانه هبة
ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة
لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك
بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل
على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض
وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل
فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها
جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل

يبقى على ملكه فلم يشبه الاستثناء ولكن تنعقد الهبة فيه لمكان التدبير فيبقى هبته المشاع او هبة
شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد
او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة
والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى
ان النبي عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد
في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء
غد فهي لك او انت بريء منها او اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي
فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء واسقاط وهذا
لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا
ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا
ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا
ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عم اجاز العمرى
ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته
وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع

فصل في الصدقة

الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز
في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل
وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب
لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة
ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا
الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى
ان تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله اعلم بالصواب

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض
لان الاجارة في اللغة عبارة عن بيع المنافع والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة و
هي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها
الآثار وهو قوله عم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه
اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق
اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال
وجود المنفعة ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله
تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون
اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا
كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة
كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة
اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت
اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها الا ان في الاوقاف
لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار وتارة
تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها
مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة
والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون
عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك
وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت وتارة تصير المنفعة معلومة
بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله
والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل
او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد

المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد
ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة
فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك
في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا
قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل
مقام تسليم المنفعة اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة
لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم
وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ
في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة
الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن
استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان
ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح
لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه
العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق
المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا
وليس للخياط والقصار ان يطالب بالاجر حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع
به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب قبل الفراغ لما بينا
الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق
بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط
من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم وان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله
الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضه وهذا
عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه
فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر

طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا
استحق الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يستحقه حتى يشرجه لان التشريج من تمام
عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه
ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز
لانه غير منتفع به قبل الاخراج وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين
حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما
في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما
كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس
فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل
الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه
كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلثة رح وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط
حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه
تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع واذا شرط على الصانع ان يعمل
بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل
بعينه وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب
الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض
المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه
الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة رح

وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لا فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه
فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد
يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما بيناه والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا
ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة
قال ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق
لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود
منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر
وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع
فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة
اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها
نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس
ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت وفيها الزرع
بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار
صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا فيتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص
الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا
لان الحق له فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانه

تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة مقصودة
معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب
واحدا ليس له ان يركبه غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على
ركوبه وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال
على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا
فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير
مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة
مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كالشعير والسمسم
لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح
لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه
ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها وان استأجرها
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة
الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة
فحمل عليها اكثر من ذلك فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه
والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم
الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه
فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة
فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية
ثم ردها الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة اذا استأجرها ذاهبا
لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها

ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجري على الاطلاق والفرق
ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك
وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق
هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان
زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج بمثله يضمن لانه لم يتناوله الاذن من
جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى واذا اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان
هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة
لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط
عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما
في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر
وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان التفاوت
يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس
فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع
الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر
وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها
رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة
الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع
الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل
هو يجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه من غير خيار لان القباء

خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص
فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة
ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله
ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير
للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما
تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له
ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا
نقص اجر المثل لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها فهي الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر
واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما
لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم
كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز
لان المدة صارت معلومة فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه
الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني
الا ان الذي ذكر في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى
الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان
استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة
معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة
على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل

الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي
حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي
بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني
بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام
اما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم
فيقع جائزا ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يوجره لينزو على الاناث لقوله عم ان
من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران
والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح
في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرءوا
القران ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته
فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى
من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رح استحسنوا الاستيجار
على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران
وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة
المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك
لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر
من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا
لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي
يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما
بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط الشيء يسبقه

فلا يعتبر المتراخي سابقا وله اما اذا اجر من رجلين فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف
في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة
على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من شريكه لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
بتفرق الملك فيما بينهما طاري ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم
فاتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عم وقبله واقرهم عليه ثم
قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع
بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن
شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا
كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى
واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة ويجوز بطعامها
وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها
للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظار شفقة على الاولاد
فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير
فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع
ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه
ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط
بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط
بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير
مبيعا عند الاجل كما في السلم وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج
فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان للمستاجر
ان يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا
على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها
ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب

فيما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى
والد الولد وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة فان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع وان هذا ايجار وليس
بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لا لاختلاف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف
فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض
ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عم وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له
حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى
فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير
فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث
لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا
لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم
المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل
لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح
لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم
بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا
ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر
في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم
وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن
استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة
بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته
يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

وما هذا حاله يوجب الفساد ولان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعده
فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة
في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة
واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها
الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل وان استاجرها ليزرعها بزراعة
ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس
باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير
دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسية والى هذا
اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا
اختلف جنس المنفعة واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده
وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي
لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان
ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة
لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها
وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها فلم يكن المعقود عليه معلوما
فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت
في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان
عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر
المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة

الأولى وإن أخصاها قبل أن يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقض الإجارة رفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الأجير

الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بعمل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وإن شاء

ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء في الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وإن خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر

في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط
لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس
العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم
وإن خطته غدا فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند
أبي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على
درهم وقالا الشرطان جائزان وقال زفر رح الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد
ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع
في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولأبي حنيفة رح أن ذكر الغد
للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا
كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح في اليوم ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل
لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص
من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رح
هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال إن أسكنت
في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن أسكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى
فيه عند أبي حنيفة رح وقالا الإجارة فاسدة وكذلك إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه عطارا
فبدرهم وإن أسكنه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استأجر
دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها
إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز
في قول أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد شيئين وهو
مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده
ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل

عندهما ولأبي حنيفة رح أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية
والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف سكنى الحداد ألا يرى أنه لا يدخل ذلك في مطلق
العقد وكذا في أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى إيجاب الأجر
يجب أقل الأجرين للتيقن به
ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت
على زيادة المشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فكذا لا ينتظمها كسكنى العطار
والحداد في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا
كما في الركوب ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه
الأجر وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا تجوز لانعدام الإذن
وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما
ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذ
منه ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة
وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان يجب بإتلاف
مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز
ما في يده وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر
في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين
الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا
ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة
ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر
أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر
وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المولى لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال إذ هو دليل
على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة
وانقطاعه

باب الاختلاف في الإجارة

وإذا اختلف

الخياط ورب الثوب فقال لصاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط لا بل قميصا او قال
صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر
فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول
قوله وكذا اذا انكر الوصف لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه
ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وكذا
يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد ذكرت في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب
وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة
لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال
ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب
باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه
لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر
بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل
القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه
جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت
الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات
وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن
اصحابنا رح من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق
في البيع وعن محمد رح ان الاجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه
على انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر
بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت

لانه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل
بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف
لانعدام ما ذكرنا من المعنى ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رح لا يصح لان المستاجر لا يمكنه
رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال
وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار
فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب
فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها
وهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة وتفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد
عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه
الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع
ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ
الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن
ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم
يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال اخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة
الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد
العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان
العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه

ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او التاجر فافتقر وان
بدا المكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض
المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رح انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر
فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه
الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما
فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده وهو
رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان
يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل للصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا
للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد
لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر
ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر
ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو
اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك
ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق
الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه
حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن
لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح
عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا
بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة
وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل

تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء
والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا وان استاجر
بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا
مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد
عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح
وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل
ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما
اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد
كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وفيه اختلاف الصحابة رض وما اخترناه قول زيد بن ثابت رض ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت
حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع
ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة
ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا
لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال امتنع من الاداء يرد في الرق
ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل
من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي
في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد
حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن كاتب عبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اوله

كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة
ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان رح لأن التنجيم يدل
على الوجوب وذلك في الكتابة وفي نسخ أبي حفص رح لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء
مرة وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه أما الخروج من يده
فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة
وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى وأما عدم الخروج
عن ملكه فلما روينا ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق
بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه وإن أعتقه عتق بعتقه لأنه
مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه
وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة
وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء
والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا وإن أتلف مالا لها غرم لأن المولى كالأجنبي
في حق أكسابه ونفسه إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة
نفسه فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا
فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار
كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة
فإن أدى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رح
أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رح
أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما إذا كا
تب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال
في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست
بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه وإذا عتق بأداء

عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته
كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق أصلا فيجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو
البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء
ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته
وكذا إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو كاتبه على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم
دين في الذمة وعن أبي حنيفة رح رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق وإن عجز يرد في الرق
لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود عليه
والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق
في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز
صاحب العين ذلك فعن محمد رح أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة
أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما في الكتاب والجامع أنه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود
من الكتابة لأنه تثبت الحاجة إلى الإجازة [illegible] فيما إذا كان البدل عينا معينا والمسلم فيه
على أصله وعن أبي يوسف رح أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند
عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع أن التسمية لكونها مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن
أبي حنيفة أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد إلا إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم
الشرط وهكذا عن أبي يوسف رح وعنه أنه يعتق أدى ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد
لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة
الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وتخريجنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى ولو كاتبه
على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال
أبو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها

حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا
منه وهو الأصل في أبدال العقود ولكنه لا يستثنى العبد من الوصائف وإنما يستثنى قيمته والقيمة
لا تصلح بدلا فكذلك المستثنى وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه أن يبين الجنس
ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين
الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف
فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل فيه بجهالة الأجل وقال الشافعي لا يجوز
وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك
فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة وإذا كاتب
النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال في حقهم بمنزلة
الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تمليك
الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف
ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لأن القيمة تصلح بدلا
في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة
أما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا وإذا قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل
أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث
لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشراء
والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى
مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لأن التجارة ربما
لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي
في صفقة ليربح في أخرى فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا لأن هذا الشرط
مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح
العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح

فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط
لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك وهذا
الشرط يخص العبد فاعتبرناه إعتاقا في حق هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزويج
ليس وسيلة إليه ويجوز بإذن المولى لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير لأن الهبة
والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدا من
ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل
لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لأن كل ذلك
تبرع ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب فإن وهب على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء
فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك إن كاتب
عبده والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمه الله لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله
كالإعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع وقد
يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا
يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو
ثابت له فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك وتصح إضافة الإعتاق
إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى
شيئا فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت
وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس كذا الثاني
لأنه إعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييبه وشغل رقبته بالمهر
والنفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذلك الأب والوصي في رقيق
الصغير بمنزلة المكاتب لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا له

ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة
عنان هو قاسه على المكاتب لأنه اكتساب وهذا اكتساب ولهما ان مبناه المال بغير المال فيعتبر
بالكتابة دون الاعتاق اذ هي مبادلة المال بالمال وهذا لا يملكه هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لأنه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان
اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا
بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب
كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في قرابة الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة
الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولأن هذه قرابة توسطت
بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لأن العتق
اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له
فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما
دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عم اعتقها
ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رح لأنها ام ولد وله لابي حنيفة رح
ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه ثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه كحكمه
وكسبه له لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه
وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه
لها لأن تبعية الام ارجح ولهذا تتبعها في الرق والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت
انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى

بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لأنه شارك
الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما
انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا
الاصل في الحر باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا
بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير
اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به
حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب
العقر اما الدين لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة
كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد
المأذون له لأنه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن
ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت ام ولد له لأنه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت
من المولى وهو حر لأن المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان
مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت
ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه ولو لم يدع وماتت هي من غير وفاء سعى هذا الولد
لأنه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة ام الولد اذ هو
ولدها فيتبعها واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك
بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت
السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله

لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاولاد
والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر
فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا
من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي
بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى
في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار
فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده
لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير
واما المقدار فلمحمد رح انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان تجب البدل بمقابلته
الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار
كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا
والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها
ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا تقدمت
الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا فان دبر مكاتبته
صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى
في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه
ما بينا واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا
بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تفسخ برضا العبد
والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه وان كان

على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض
عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان
ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة
مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه
والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا
الاجل فيه شبهة واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم
تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه
على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها
بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق
بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل
فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض
داره بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد
عليه لما بينا من المعنى وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة
حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول
الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى
على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط
والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل
فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى

آخر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر
لمولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسألة ان يقول العبد لمولاه كاتبني
بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح في حق
نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر
باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم
من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل
لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وايهما ادى
عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية
وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى
استخلاص عينه وان لم يكن عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه
والغائب متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان ياخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل
العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه
من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه
حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها فهو جائز
وايهم ادى لا يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا
في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كان العبد بين
رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى
فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه
فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن
واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض

له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف
فهو مكاتب بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز وإذا كانت جارية بين رجلين
كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد
للاول لانه لما ادعى احد الولدين صحت دعوته لقيام الملك فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة
لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني
ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين
ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن لشريكه نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه
كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا
وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها
وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له
لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ
فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب
لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ
ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة
ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت
كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة
ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب البدل كله لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة
فلا تظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة
بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق
ترد الى المولى الاول لظهور اختصاصه على ما بينا ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف

نصف قيمتها مكاتبة لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان
تملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق صاحبه
في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما
وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر
لأن المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء
فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر وهي
ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها
لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد
الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحد
هما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع
وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزي الإعتاق وقد قررناه في العتاق فأما قبل العجز فليس له
أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإعتاق لما كان يتجزى عنده كان أثره أن يجعل نصيب
غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل
فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ويستسعي العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق
فيختلف باليسار والإعسار وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو
موسر فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وإن شاء استسعى العبد وإن شاء أعتق وإن
أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعي أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة
وجهه أن التدبير يتجزى عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له
خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه
وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لأن الإعتاق صادف
المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لأن المنافع أنواع

ثلثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والإعتاق وتوابعه والفائت بالتدبير البيع فيسقط الثلث وإذا
ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا فأبق وإن أعتقه
أحدهما أولا كان للآخر الخيارات عنده فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء
لأن المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزى
عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان
تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنا لأنه صادفه التدبير وهو قن وإذا أعتقه
أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده
ويضمن نصف قيمته إن كان موسرا ويسعى العبد في ذلك إن كان معسرا لأن هذا ضمان
الإعتاق فيختلف باليسار والإعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين
يقبضه أو مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث
هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فإن
لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد
في الرق علقه بهذا الشرط ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد
حلول النجم فلا بد من إمهال مدة استيسارا وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن
سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا
لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا
دونه بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة
فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها فإن
أخل بنجم عند غير السلطان فعجزه مولاه برضاه فهو جائز لأن الكتابة تفسخ بالتراضي
من غير عذر فبالعذر أولى وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم تام
فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض فإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
عليه او على مولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي عليه من
ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي
وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة اذ عتقه وقد تعذر اثباته
فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه
الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت
في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه اكد
من حق المولى حتى لزم العقد من جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا
او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على
ما عرف تمامه في الخلافيات وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة
ابيه على نجومه فان ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته
وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل له
اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رح اما عندهما يؤديه الى اجله
اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه
بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه
اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث
دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته
في اخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون
هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان
صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته
في تلك الحالة على ما مر وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى

الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة
لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء
الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني
على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت
واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه
من القضاء فلهذا كان تعجيزا وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية
في حديث بريرة رض هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح
له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو
عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا ظاهر عند محمد رح لان بالعجز يتبدل الملك
وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة
وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة
حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا
استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق
المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية
ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية
عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي
وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته
ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة رح
ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو
قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة
للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال

فيتوقف على القضاء او الرضا وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء
لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال واذا مات
مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق
حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد
كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة
لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان
اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه
الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة
لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض
او قبضه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة
وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة
وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما
التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال
ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة
بالحلف واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله
وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق
لما روينا ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه
الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط
مخالف للنص فلا يلغو واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه
بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصي بعتقه او بشرائه وعتقه
بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات
اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم

منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق على ملكه واذا تزوج عبد رجل
امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل
عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه
عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او
ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى
والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لولي الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا
لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا
فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام
الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذلك الولاء
والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة
ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت
المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث
يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق
البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح
فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا قال في الجامع الصغير وان تزوجت معتقة
بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم
ولا مولى فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد
الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما
يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام
ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق
وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء

ولدها موليها عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه
لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما
ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف
فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان
الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت
عن الولاء قال رض والخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع
الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رح
مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رح موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب
فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء
العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم
الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر وولاء العتاقة تعصيب
وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت
انت عصبته وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم
على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق
اخر العصبات وهذا لان قوله عم ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث
الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على
ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة
ياخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء
الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عم
وفي اخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش

وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على
بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به
حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رح لانه اقربهما عصوبة وكذلك
الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته
كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن اخر معناه بني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون
بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود رض
وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره
ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح
الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر ولهذا لا يصح عنده الوصية
بجميع المال وان لم يكن له وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله عم عن رجل اسلم على يد اخر ووالاه فقال
هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه
الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق وان كان له وارث فهو
اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم
غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو
بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة
وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى
ان يتبرا عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي
في الوكالة واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل

واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد وليس لمولى العتاقة ان يتحول لانه لازم ومع تعلق
النظر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره
فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به
وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله
ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد
ذلك تغير الزمان واهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدده به
وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل واذا اكره على بيع ماله
او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف درهم او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع
بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد
يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك
عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف
قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه
وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه
او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة
المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع
وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها
لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هاهنا الرد لحق العبد

وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا
يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله
رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه
بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع
لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع
لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان
مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل
فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده
ان كان قائما في يده لفساد العقد فان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع
معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له
فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء
كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان
الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه
وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

وان اكره على ان ياكل الميتة
او يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم
الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما
وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه
يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه
لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص
وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة

الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب
وإن أكره على الكفر بالله أو سب رسول الله عم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره
بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر
لما مر ففي الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى وإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويوري
فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقد قال له النبي
صلى الله عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالإيمان فقال عم فإن عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى إلا من أكره
وقلبه مطمئن بالإيمان الآية ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع
فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لأن خبيبا رض
صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي
في الجنة ولأن الحرمة باقية والامتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء فإن أكره
على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك لأن
مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره
لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والإتلاف من هذا القبيل وإن أكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه
أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثما لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا
بهذه الضرورة والقصاص على المكره إن كان عمدا قال رض وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال
زفر رح يجب على المكره وقال أبو يوسف رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر أن الفعل
من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه
سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح في جانب المكره ويوجبه على المكره
أيضا لوجود التسبيب إلى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص
ولأبي يوسف رح أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأثيم وأضيف إلى المكره
من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياته
فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن
يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الإثم كما نقول

في الإكراه على الإعتاق وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف
دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره
عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد
لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا
سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد
منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان
قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على
شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه
فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لأن الإكراه يؤثر في فساد
والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال
ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه
لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما
الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق
أو يمين لا يعمل فيه الإكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام وإن
أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رح إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رح لا
يجب الحد وإن أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه
مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت المرأة قد بنت
منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير
موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله
بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين
لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره
على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره

على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طايع
باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطايع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى
بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدي بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا
اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلم ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه
قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلم وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت
ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصبي الا باذن وليه ولا
تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان
عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ولا
رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية
فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق
ومن باع من هؤلاء شيا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه
مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون
نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة
على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف
عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه
كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه وهذه المعاني
الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف
الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندري بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي
والمجنون والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي
على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه

حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف ساير العقود وان اتلفا
شيا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النايم عليه والحايط المايل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه
فاما العبد فاقواله نافذة في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذة في حق مولاه رعاية لجانبه لان
نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله فان اقر بمال لزمه بعد الحرية
لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال
لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله
لا يملك العبد والمكاتب شيا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه
ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان
مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي
يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي
حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده
ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته
اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى
حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز
فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه
في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة
باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه
في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر
فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له
والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع

مادام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق
بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه
منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه
وان لم يكن معها الولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات
سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد
شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل وان تزوج امرأة
جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار
مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية
ولا نظر له فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها
النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل
يوم واحدة لما بينا وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه
والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي
يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة
فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه
وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك
ما يجب ابتداء بغير فعله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها وجبت عليه بايجاب الله
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق
الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء
في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر
لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف
اذ عند ابن عمر رض لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب

تصرفه الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد
لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا
بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا
حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقيت العلة وصار
كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا
الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر
الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا
ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على
قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر وان كان فيه مصلحة
اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة
فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح
لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي
وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ
والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل
من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح
من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى
النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد
انه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية

وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف
ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي ولا يحجر على الفاسق اذا كان
مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة
عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تع فان انستم منهم
رشدا الاية وقد انس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية
عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا
وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه
لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

وبلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو
رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد
ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة ولا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه
ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل
والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى
المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة
الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تع حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني
عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن
غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي
يوافق واحد منها المزاج لا محالة واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال
قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا
اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض والله اعلم

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر
في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار
اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن
تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه
وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار
حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه
عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع
بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه
وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا
امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين
والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره
من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون
فلا يكون مشروعا وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع
لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير
او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا والقياس ان لا يبيعه
كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان
في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف
وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض
يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه
لا بد من ملبس فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين
فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر وينفق على المفلس من ماله

على زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه
حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال
لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه
بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب
فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه
والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا
له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى
قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام
لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم
بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا
البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده
لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا
ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
ترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته
لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا
اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ
يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية
ولكن يبعث امراة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع
اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه
عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه

عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين
وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين
وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم
لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

[illegible]

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه
باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف
لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد
من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى ولهذا
لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت
يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى
او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاملونه
فيتضررون به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا
اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز له التصرف في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة
ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن
اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله وله
انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي
الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن
جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بماله
يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه
تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه وله ان يرهن ويرتهن لانهما من توابع

التجارة فانهما ابقاء واستبقاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل
ذلك من صنيع التجار وان ياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه
في ارضه لانه يقصد به الربح قال ثم المزارع يستاجره ولكن ان يشارك شركة عنان وان يدفع
مضاربة وياخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح لانه يقول
لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك
التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل
مقصود المولى اما الاجارة فلا يتحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه فان اذن له
في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون ماذونا الا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى
لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد
فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته
وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما
استغنى عنه يخلفه المولى فيه وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه
ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا تنسد عليه باب
الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا
يحصل الا بالكسب وانه تعين غرضا واقتضاء لانه اذن له لم يتبين ما لا بد لهما منه وهو نوع فيصير
ماذونا في الانواع واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من
توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه
دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف
الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه ولا يملك ان يتزوج لانه ليس
بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى

هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي ولا يكاتب لانه
ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه
المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل
في الكتابة سفير ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة
ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات
التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو
من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه
على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك
غير ممنوع عنه في العادة وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم
وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد
تمام العقد وليس من صنيع التجار وكذلك المحاباة في الابتداء لانه يحتاج اليها على ما بيناه
وله ان يوجل في دين وجب له لانه من عادة التجار وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما
ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت ما كان له وذلك في تعلق الدين
بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا برقبته بخلاف دين الاستهلاك لانه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد
ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر
عن الناس وهذا لانه سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول
المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه برقبته فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب
في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة

وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع
والشرا والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودايع والامانات اذا جحدها وما يجب
من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشرا فيلحق به ويتحاصون في ثمنه
بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شي من ديونه طولب به
بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع
او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سوا حصل قبل لحوق الدين او بعده
ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ
ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله
بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على
الغرما لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر الحجر بين اهل
سوقه لانه لو انحجر لتضرر به الناس لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته
وكسبه وقد بايعوه على رجا ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق
وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان كان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته
بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلم ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل
الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضا الدين من خالص ملكه بعد العتق
وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد
ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون
محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتدا هو الاصل
فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقا وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه
موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى
ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فلا ينافي البقا وصار كالغصب ولنا ان الاباق
حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتدا الاذن

من الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
واذا ولدت الماذونة من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح هو يعتبر البقا بالابتدا ولنا
ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتدا لان الصريح قاض على الدلالة
ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرما اذ به يمتنع البيع وبه يقضى
حقهم واذا استدانت الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها
لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في ام الولد واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال
ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان
كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره
او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد
ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده
قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته
فلا تبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع واذا لزمته
ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة
وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك اعتاقها ووطي الجارية الماذون لها وهذا اية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك
نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد
وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على
ما قررناه والمحيط به الدين مشغول به فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه
فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرما لتعلق حقهم به وان لم يكن الدين

محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليل فلو جعل
مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق يمنعه وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية
لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء
ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه
ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع
من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع
باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع
مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة
حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد
المأذون على اصلهما الا باذن المولى والاذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن ببيعه من نفسه
غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة
او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا
لانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن
هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى
في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده
بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين وان امسكه
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء
وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة
المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء واذا اعتق المولى
المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به

حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته
وما لزم المولى الا بقدر ما اتلفه ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير
لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا فان باعه المولى وعليه
دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا
ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع
متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاءوا اجازوا
البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان
ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد
لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرجع على المالك ويسترد القيمة كذا هذا ولو كان المولى باعه من رجل
واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته
وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم
ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه
لوصول حقهم اليهم فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر
الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم
وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس
بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك
لنفسه فيكون خصما لمن ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما
فيكون الفسخ قضاء على الغائب ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه
كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان
المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس
الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب

حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرطة لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان

الاثم في الغصب فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع ومن غصب شيئا مما له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دامت قائمة لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال

محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد
ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما
ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان
يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم
جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله
اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري جاحد
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وان انتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض ويأخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى
واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل
في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب
ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل بجميع اجزائه في ضمانه
بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب
لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضه ومراده غير الربوي اما في الربويات
لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا ومن غصب عبدا فاستغله
فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضه وهذا عندهما ايضا وقال
لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه
وملكه الضمان ظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما
انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع

يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول
فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله
ان يصرفه الى حاجته نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان
فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين
جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع
اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد
مر الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان
فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله فاشترى
بها اشارة الى ان التصرف انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد
من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي
لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا
لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم
جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله انية وهذا كله
عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار
اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي رح يضمنه وعن
ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته
وللشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها

في طاحونة فطحنت والمعتبر بفعله انه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما لو انعدم
الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة
صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة
قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور
بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه
يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن ابي حنيفة
رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز
وجه الاستحسان قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى
افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة
الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة
لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل
فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه
الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة
فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح يباح له الانتفاع بها قبل اداء الضمان
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة
يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم وان غصب فضة او ذهبا
فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فيأخذها ولا شيء
للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راسا للمال في المضاربات
والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه
الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال
من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند

المقابلة بجنسها ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح
للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وفي آخر ما ذكرناه تجري بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط
المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه
ابو جعفر رح انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة
ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه
قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر
الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء
بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث
ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف ومن خرق ثوب غيره خرقا
يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه
احرقه قال رضه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب
من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش
ما يبطل عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض
العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا
جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع ومن غصب ارضا فغرس
فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض
باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولابد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها
كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له
قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا
معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء
وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما ومن غصب

ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل
السويق وسلمه الى الغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله
في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة
لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية
للحقين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض
اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن
فيتملكه صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه
ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة
وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه
وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب
من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت
بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد بالمثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه
اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل
ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف
في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ
الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ
ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب
عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل
لحق المدبر فينفسخ التدبير بالقضاء والقول في القيمة قول
الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان ظهرت العين وقيمتها اكثر
مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك

وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان ضمنه
بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها
مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا
لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا
ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة
لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب
دون الاولاد والناقص يكفي لنفاذ البيع دون العتق كملك المكاتب وولد المغصوبة ونماؤها
وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى
فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت
او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة
من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه
يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع
حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه
او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن
من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق
وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها
ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن
اولى واحرى وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به
انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد
او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى
عبده او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق

على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها وأداه
مع العبد يجبر عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت وتخريج الثانية
ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد
لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخلف لا يعد زيادة الا عن بعض النقيصة
ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعلم والزيادة سببها الفهم ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها وهي
حبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك
وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت في يد او زنت
في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار
كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية
خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى
ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط
صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب
ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي
يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها
يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا
بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها
واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرف

هذا المأخذ في المختلف ولا نسلم بانها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد
الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما
لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنهما لذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على
ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع
لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل
لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي
التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان
لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا
بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين ذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف
الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما
فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة
فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير
شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل
من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص
ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت
المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته
فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه
كحق الحبس في المبيع وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن
الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه
لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال
واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا

بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
المالك ما زاد الصبغ فيه وله انه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا
فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطيه ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند الاتحاد
فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله
ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له
ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل
وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما
بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان
قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح
وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على
هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه
بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان
وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة
تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها
قالوا عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح
فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك
وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده

ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول
لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ رح اجروا جواب الكتاب على
الاطلاق ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجهين بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم
يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد بيناها في كفاية المنتهى ومن كسر لمسلم
بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء
جائز وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف
في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس
يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيّ
من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة
وهو الباذق عن ابي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت
للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه
كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع
وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب
سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد
الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية
والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة
لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتها ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع
عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن
قيمته صليبا لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة
ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة
بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب
العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع

الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد
هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب أما الثبوت فلقوله عم
الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عم جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له إن كان غائبا إذا كان
طريقهما واحدا ولقوله عم الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار
أحق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه
من تملك المال على الغير بغير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لأن
مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع ولنا ما روينا ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال
تأبد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا
لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار إذ هو مادة المضار على ما عرف
وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة
مشروع فلا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وأما الترتيب فلقوله عم الشريك أحق من الخليط والخليط
أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولأن
الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق
الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا وليس للشريك
في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه مقدم فإن سلم فالشفعة
للشريك في الطريق فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو
الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف رح أنه مع وجود الشريك
في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر
في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض
والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو
مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رح لأن
اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة

بالشركة فيه والطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن
وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وعن أبي يوسف رح الخاص أن يكون نهرا يسقى
منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة
وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وإن بيعت في العليا
فلأهل السكتين والمعنى ما ذكرناه في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه
فهو على قياس الطريق فيما بيناه ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه جار ملازق
والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد
[illegible] في الملك ألا ترى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في
سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا ترى أنه لو انفرد واحد منهم استحق
كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل
لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة
وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع
كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم
لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبالثلث
بما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف
لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء والشفعة تجب
بعقد البيع ومعناه بعده لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بينا والوجه فيه أن الشفعة
إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها
الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه
حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه
ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري
أو حكم بها حاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع

في الهبة ونظيره باع هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت
دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته
في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة
المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب
المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عم الشفعة
لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى اخره بطلت شفعته
وعلى هذا عامة المشايخ رح وهو رواية عن محمد رح وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر
وبالثانية اخذ الكرخي رح لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد
ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا يبطل شفعته لان الاول
حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل
على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس
بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى اختيار الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي
حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة والاصل الاختلاف في عزل
الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم
وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم
بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد
على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك
استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد

عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما
اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رح انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته
من بعد ان شاء الله تع قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف
وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه اذا تركها من غير عذر وعن
ابي يوسف رح انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه
وتسليمه وجه قول محمد رح انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف
حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه
قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري
بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا يبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن
من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة
سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر
محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته
لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قال الخصاف وذكر
في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد
فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب
الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم
فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي
يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد
ثبوت البيع وثبوته بالحجة فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق

عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكرنا فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا
الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف فيه بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل
نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر
الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع
عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له
عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان
يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب
عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت
بالخصومة عند القاضي وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة
لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ العقد بمشهد
منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي
يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر
حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة
الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ
بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء
عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف
ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه
الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق
الله تعالى ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق
العقد فيتوجه عليه الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل
وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري

فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا
اذا كان البائع وكيلا لغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية
وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة
من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع
يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك
والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا
بخلاف البائع مع المشتري لانه لا توالي بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر
في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة
على ما روي عن محمد رح واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا فلا
ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام واذا ادعى المشتري
ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري
وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد
حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك
على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله
ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان واية نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها
الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفعة وان كان قبض الثمن

أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأنه بالأول خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وإن زاد المشتري البائع لم تلزم الزيادة الشفيع لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هنا ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط

الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب إن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لقول أبي يوسف الآخر لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول بالمثل وفي الثاني بالقيمة وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وإن كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي رحمه الله إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء لأبي يوسف رحمه الله أنه محق في البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه وجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه حصل بتسليط من له الحق ولأن حق الاسترداد فيه ضعيف ولهذا لا يبقى

بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع وان لم يستحصد
لانه لا نهاية له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة
يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب وان اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت
رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه
وعن ابي يوسف رح انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو الظاهر
ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري
لانه مجبور عليه وان انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع
من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه
الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل
وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت
فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف
الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا
ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه
لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا ترى
انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال
صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع وكذلك ان ابتاعها
وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه
على ما عرف في ولد المبيعة وان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا
لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جده
المشتري سقط عن الشفيع حصته وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله
شيء من الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد
فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة
انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عم الشفعة في كل شيء عقار او
ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار
على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق ولا شفعة في العروض
والسفن لقوله عم لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان
الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار
فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور
في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة
في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه
الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا
واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك
بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة
بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا
انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف
المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده
فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله
يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم
منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم
والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى
هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا
بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على
ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا تجب في حصة الالف لانه

مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح
فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب
اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه او يصالح عليها بانكار
فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح
عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا
اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا
صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح
عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه
اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع
انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب
الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها
فامتنع الرجوع ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط
الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح
لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع
زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع
لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان
بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي
يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان
اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة
لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها
دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة
فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح

لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع
وان بيعت دار الى جنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو
شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا
بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذ
بالشفعة على ملكه وان استرده البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه
عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا واذا
اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها
الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل
وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها
بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي
والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء
على ما عرف وفي الجامع الصغير لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة
في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما
يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته
لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك
ان اشهد في مجلسه ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم
وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق
متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط
فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص

لانه حق متقرر بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة
بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه
رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه واذا مات الشفيع بطلت
شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه قال رض معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة
اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث
بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستحق
الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع
في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية
فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته واذا باع الشفيع
ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك
وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ
عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال
فيبقى الاتصال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا
ابتاع او ابيع له فله الشفعة لان الاول لو اخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته
وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك
عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له
الخيار من جانب المشتري واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل
او بحنطة او بشعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن
في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل
وموزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب
فيه قيمته وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كا

اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية واذا قيل له
ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم
ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حق غيره
ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة
ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع
فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه
اليه لما بينا وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع منها بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول
دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة
ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا
عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة اخرى
تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم
الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير ولا تكره الحيلة
في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح وتكره عند محمد رح لان الشفعة انما وجبت لدفع
الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى
هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة قيل قول محمد رح اصح وذكره الاسبيجابي رح في زاد الفقهاء

مسائل متفرقة

واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ
نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه
الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول
يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده
هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر
حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه

سقطت يد البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا للتفريق الصفقة
لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه
البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه
من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نقع
فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد
ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو من تمام العقد بل هو تصرف
بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على
ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف
لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه
دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة
تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن
عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير
جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم
الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رح انه حق ثابت للصغير
فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه
في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه
دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه
وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر
من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق
لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي

لانه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عم باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه
كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت
حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه
فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته
وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش
التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به
قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم
غرما بالغنم فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم
على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء
ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس
على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم
بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي
لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند

عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر وأجر القسمة على عدد الرؤوس
عند أبي حنيفة رح وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة رح أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه
لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم
بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو
يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة
الممتنع وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها من فلان
لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه
يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم لهما أن اليد دليل
الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار
المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه
قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة
على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف
ما بعد القسمة وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد
لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر
بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول في القسمة لأن في القسمة نظر الحاجة
إلى الحفظ أما العقار محصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار
عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء
على الغير وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير
فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها
رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لا

حتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رح خاصة وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ
في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز وإذا حضر وارثان
وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي
بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم
وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه
الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم
والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث
ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الغائب فيما في يده والآخر عن نفسه
فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب
على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث
الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة
قضاء على الغائب أو الصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم
عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة
وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه
لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف
ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما
البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي
عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم
لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع أحدهم
والآخر يستضر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم
لأن الأول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف على قلب هذا

لان صاحب الكثير ينتفع به والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره
ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة
لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي
فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود
فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه
لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون
جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون او مكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا
وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم
الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي
لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين
او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال
ابو حنيفة رح لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل
والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار
كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر
والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا تتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر
فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت
ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على
عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط
بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى لكل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا

فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على
حدتها في قول ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف
الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى اجناس
معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد
والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا
لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا
اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رض
تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة
عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رح انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد واذا كانت
دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدته لاختلاف الجنس قال رض جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رح وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار
بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسالة روايتان او تبنى حرمة
الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة
ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء
لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب الاخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب
نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج
ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل
ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا

في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل
فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة
تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولا يدخل
في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك
ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته
ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة
لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل
في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر
حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق
ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي
فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة
في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل
في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له
ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن
فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب
لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر
وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع
اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع
وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة
لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز
وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة

حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب
والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية
دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق
ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم
كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا
جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي واذا كان سفل لا علو
عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك
قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفة رح وابو يوسف رح يقسم بالذرع لمحمد رح ان السفل
يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار
اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع
بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح
ان منفعة السفل تربى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة
العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل
ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد رح ان المنفعة تختلف باختلاف الحر
والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله
لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة
ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل

والعلو والمنوبة وذلك من السفل بستة وستين وثلثان في معنى ثلثه والعلو وذلك ذراع من العلو بلغت
مائة ذراع نفسا وهي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل
ستة وستون وثلثان ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما لو كان السفل المجرد
ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول أبي يوسف رح أن يجعل
بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد
لأن العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها
سفل وخمسون منها علو وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضه
هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل وهو قول أبي يوسف
أولا وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيره سواء
لمحمد رح أنهما شهدا على فعل نفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل نفسهما لأن فعلهما التمييز
ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء
وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رح إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع
وإليه مال بعض المشايخ رح لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى
معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى نفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على
إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة
ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه
بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان
منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه
بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق
إلا بحجة فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم
بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضه ينبغي

أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ... مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر وإن قال أصابني
إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت
القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه لأنه دعوى
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد
طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة
لما قلنا وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج وبينة
الخارج ترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا إذا
اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا
وإن قامت لأحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رح ويرجع بحصة
ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضه ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق
بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد
وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة رح وهو الأصح لأبي يوسف
أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا
استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة
وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى
الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه
في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما
لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا

في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة
لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق
نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده واذا استحق النصف رجع
بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند
ابي يوسف رح ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة
فيضمن نصف نصيب صاحبه ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي
من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع
قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام
على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة
ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال
المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب
احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف
ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها

جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء
لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك
في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا
يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان
والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما
القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق
فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم
هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي
او بالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه
لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان
نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في طعام المماليك بخلاف شرط الكسوة
لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي
عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف
قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع
فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر
مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا
بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ
في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل
زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية
وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير

عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة
ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل
فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال
في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار
الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه
حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده
لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزيادة في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز
والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر
هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا
على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة
في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند
حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن
بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث
والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع
ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل
خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة
بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة
وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول

او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن
والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله
لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله
فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر
كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض
والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة
لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع
بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم
لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط
عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله
لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر
لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت
لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة
وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة
المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان
كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط
وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة

الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النما ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل
كل ذلك بخلق الله تعالى فلم تتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه
تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما
احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه تتم شركة
بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات
الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه
ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة
فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج
الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا
ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض
معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض
خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر
والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر
وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه
لاحدهما وكذا اذا شرطا لاحدهما زرع موضع معين افرده لان ذلك يؤدي الى قطع الشركة لانه لعله
لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرطا لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر
الحب لانه عسى ان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين
والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب
نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع
للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد

وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج
الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر
مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان الاجر مثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج
واذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد
فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله
لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل
لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى
منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على
ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت
المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة
معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل
في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء
يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له
بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل
لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان
امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض
والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما
فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات ولو كان دفعها في ثلث سنين
فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع

حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل
فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت
المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله
واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس
للعامل ان يطالبه بما كرب في الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما
قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض
في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه
من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض
الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في
تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد
قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع
بقل حيث يكون العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد
فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو
متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه
اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون
بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع
لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه
ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على
رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا وللمالك على الخيارات الثلاث على ما بينا وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية

عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو
انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي
الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك
ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف
انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ وقال
شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية
كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا
ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك
كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز
بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل وجداد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك
عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء
من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة
والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا
للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل
وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرطا رفعه من راس الخارج يفسد
فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف
العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين
المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه
ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية
معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا

والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم تبلغ الثمر معاملة
حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا
دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة حيث تفسد المعاملة لانه
ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا
لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا
يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ
الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو
على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة
المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين
فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه وتجوز المساقاة في النخل
والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في
الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت
واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل
في النصوص ان يكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير
عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف
المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمنا وان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة
تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك
فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل
واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة فصار كالمزارعة
اذا فسدت وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض
والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره
ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر

ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة
نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة العامل
من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته
ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا
كان صاحب الارض بين الخيارات الثلث التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم
مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار
فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن
بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك
العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد
انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل
انتهائها وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون
العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا
لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار
الاجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك العمل هل يكون عذرا
فيه روايتان وتأويل احداهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا
بيضاء الى رجل سنين معلومة على ان يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض
والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر
والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو
استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها
بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر
بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحها

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت

الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبني عليها وصحة قوله عم ذكوة الأرض يبسها وهي اختيارية
كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول
لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني
أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح
صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم
على ما نبينه إن شاء الله تع وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تع وطعام الذين أوتوا الكتاب
حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان
لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي
والحربي والعربي والتغلبي لأن الشرط قيام الملة على ما مر ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عم سنوا
سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة
اعتقادا ودعوى والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول
إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله والوثني لأنه
لا يعتقد الملة والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق
في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لأن الذكوة فعل مشروع
وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد
لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم وإن ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل وقال الشافعي رح أكل في الوجهين وقال
مالك رح لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف
إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي
مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وإنما الخلاف بينهم
في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رض أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رض
أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رح إن متروك التسمية عامدا

لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع له قوله عم المسلم
يذبح على اسم الله تع سمى أو لم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة
في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والإجماع وهو ما بينا والسنة وهي حديث
عدي بن حاتم الطائي فإنه عم قال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل
الحرمة بترك التسمية ومالك رح يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك
من الحرج ما لا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في حق
الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان
ثم التسمية في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط
عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي
والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها
بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره
صيدا لا يؤكل ويكره أن يذكر مع اسم الله تع شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل مني
ومن فلان وهذه ثلث مسائل إحداها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال في الكتاب ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله لأن الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعا له إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا
على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان
أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول
مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا
لا بأس به لما روي عن النبي عم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رض جردوا التسمية حتى لو قال
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية

حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمة الله دون
التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رض
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير
لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكوة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل
سواء والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عم افر الاوداج
بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي رح
في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلث الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم
باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا
ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ
واحد الودجين قال رض هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا
ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج
لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فا
ختلفت الروايات فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كانت
يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد
وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود
الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم
فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه
مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم
مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود
يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع
مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة ويجوز

الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا وقال الشافعي رح
المذبوح ميتة لا يحل لقوله عم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة
ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم انهر الدم بما شئت
ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون
ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف
غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي
ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح
في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك
فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل ويستحب ان يحد الذابح شفرته
لقوله عم ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم
فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة
لما روي عن النبي عم انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها
موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك ويؤكل
ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما
روي عن النبي عم انه نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد
راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه
وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
والحاصل ان ما فيه زيادة الالم ولا يحتاج فيه الى الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه
الى الذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره
النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب
التحريم فلهذا يؤكل ذبيحته فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق
حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها

ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيهما وما استانس
من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما
يصار اليه عند العجز عن الذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون
الاول وكذا ما تردي من النعم في بير ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل
بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحرا فذكوتها العقر وان ندت في المصر
لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر
والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز
والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل اكله والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان
نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في النحر
وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا
لما يقوله مالك رح انه لا يحل ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل
اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عم ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام
حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى
يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة له
عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند
ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له
وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام
اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه
سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع

تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق والله اعلم

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي
مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف
اليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ماله مخلب وناب والسبع كل مختطف منتهب
جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه
الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي
في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل
الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع
الطير ولا ياكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا باس باكل العقعق
لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف ويكره
اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما
الضب فلان النبي عم نهى عايشة رض عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي رح
في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم
بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ولا يجوز اكل الحمر الاهلية
والبغال لما روي خالد بن الوليد رض ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن
علي رض ان النبي عم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ويكره لحم الفرس
عند ابي حنيفة وهو قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد رح والشافعي رح لا باس باكله
لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله صلعم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر
ولابي حنيفة رح قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة
الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رض والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده

كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل
آلة الجهاد ولا باس باكل الارنب لان النبي عم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه
بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر
لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الادمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ
وقال الشافعي ره الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارة الجلد
تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم
مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر
لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا للشافعي ره وهل يجوز الانتفاع به
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب
لا يوكل وينتفع به في غير الاكل ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق
جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي ره انه اطلق ذلك كله
والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عم
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم
هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تع ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى
رسول الله صلعم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا
محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى من ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان
فالكبد والطحال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي ره لا باس به لاطلاق ما روينا ولان
ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر ره عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا
وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة ره مثل مذهبنا وميتة البحر
ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع
السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك ره لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ راسه ويشويه لانه

صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما رويناه
وسئل علي ره عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته
ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص
الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه
من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل
تقف على الحل والحرمة منها اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي
وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالحقيقة

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة على كل حر مسلم
مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف ره وعنه ره انها سنة ذكره في الجوامع
وهو قول الشافعي ره وذكر الطحاوي ره ان على قول ابي حنيفة ره واجبة وعلى قول ابي يوسف
ومحمد ره سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عم من اراد ان
يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت
واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار
كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا
الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا
بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها فيفوت بمضي
الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا
التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب
بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة
لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر
في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تع وتجب

عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به
كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ويروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر
الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير
وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده
وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد وزفر والشافعي رح يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف
في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة
تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله
والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه ويذبح عن كل
واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة
وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رض انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة
عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة
او ثلثة ذكره محمد رح في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس
فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض
وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز
عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه
والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة
وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا
لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها
عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح
لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة
يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده وكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا

للحرج وقد امكن لانه بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون
ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشتراك بعد الشراء
لما بينا وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين
وعن علي رض ليس على المسافر جمعة ولا اضحية ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه
لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه
قوله عم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة
وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى له في حق القروي
ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رح في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر
في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس
لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما
طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك
النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا
تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه
استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا
واستحسانا وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلثة ايام بعده
لقوله عم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضوان الله عليهم اجمعين
انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي
الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة
وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر
ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان
نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة
والتصدق تطوع محض فيفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات

كما تركت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحران كان اوجب
على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى التضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة
شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشرا بنية التضحية عندنا
فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم
بعد العجز فدية ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عم
لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلم استشرفوا العين
والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن ولا التي ذهب
اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب
اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر
ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه
وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد
لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة
ويروى الثلث لقوله عم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي
الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث
وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول
ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف
العضو عن ابي يوسف رح ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته
من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته
من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا
فالنصف ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
القرن لما قلنا والخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي عم ضحى بكبشين املحين موجوئين والثولاء

هي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء
ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فانتقص فاما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان
عن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه انه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول
المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن
اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب
مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء
لا بالشرا فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب
الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير
ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير
ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل
بمقدمات الذبح والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها
من النبي عم ولا من الصحابة رض ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه
يجزي لقوله عم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلم
نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه
على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه
ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل
في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى
اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر
وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم
لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل

القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عم ضحى عن امته على
ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم
يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره
استحسان والقياس انه لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره
كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على
الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون
بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل
من لحوم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا
منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يوكله غنيا قال ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث
لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تع واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها
اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا
وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير
اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع
الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عم
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم
ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به
قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح
وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم
لفاطمة رض قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ويكره ان يذبحها الكتابي

لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته
ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا واذا غلط رجلان فذبح كل واحد
منهما اضحية الاخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية
غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رح
وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره
فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون من اهل الذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعسى ان يعجز
عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب
وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان اخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي
ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير
امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل
الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط
في الطريق فاوقد هو النار فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما
او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة
اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي
خلافية بعينها ويتاتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخه
من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما
صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا
فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما
لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية
غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق

الغصب كما في قطع لو ذبح شاة غيره فضحى بها لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف رح انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة او الذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة رض بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلعم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما

استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع والمعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملات ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن

زوال الملك فيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كتاب المنتهى ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد
ثمة لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان
اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت بها
من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم
وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد
لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب
كان قبل ان يصير مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله
بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لا يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه
ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت
لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

لا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له
في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر رواه عدة من الصحابة رض منهم علي رض ان النبي عم خرج
وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم
ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير
لما روي انه عم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثا او اربعة اراد الاعلام وعنه
انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح وقالا
يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري
وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
من غير فصل ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روي
انه عم جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رض مرفقة حرير
ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا
على ما عرف ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي ان النبي عم رخص
في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب

في اعين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رويناه محمول
على المخلوط ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة
كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت
هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى
بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير
لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف
من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء
في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد
والصفر حرام وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام
وراى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال
له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب
على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه
التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة
والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص
الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم
فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص
اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد
بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل
قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة
فانتن فامره النبي عم بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة
للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي

يندفع في الاتقاء دونه حيث انه ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان
التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه وتكره الخرقة
التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان
عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس
بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك
من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي
ان النبي عم امر بعض الصحابة بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر
عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس

ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه
والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة
لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح
النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح
انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى
وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه
الآنك يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه
لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها
وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم
قوله عم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة
تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي
ان ابا بكر رض كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله
بن الزبير رض استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن
على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض على الفتنة

والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة
الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة
او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن
اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى
ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا
يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه
مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض وينظر الرجل
من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين السرة الى ركبته ويروى
ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي
والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي رح والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى
منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا
معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رض عن النبي عم انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رض
سرته فقبلها ابو هريرة رض وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى
عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه
في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف
عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة
سواء ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه الرجل منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل
والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة
الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها

تشتهي او اكبر رايها انه يشتهي او شك في ذلك تستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها
وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق
اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة
غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال
بالاعمال والاول اصح وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق
في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك
وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر
كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان
تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون
ابلغ في تحصيل معنى اللذة وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين
والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تع ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن
والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ والجنبين لانها ليست من
مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها
في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز مناكحته
على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت
المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة
الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس
وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر

ولا يمس لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا
بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر المرأة فوق ثلثة
ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عم الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل
فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها
من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها
تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم
يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه
بقدر الامكان وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب
كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال
الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل
انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها
في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة
عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح
لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم
مجرد الحاجة ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق
ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رح يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة
ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر
والمس بشرط عدم الشهوة واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا موافق
لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة
الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا
المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم الكتاب المنزل فيه

والطفل والصغير مستثنى بالنص ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه
منها وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة
متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح
في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما
لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل
عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا
للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها
ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى
فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب
في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك
عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب
على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع
فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن
انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث
ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك
وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الحكم على الاسباب دون الحكم
لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا
بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة

في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل
ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب
قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او
مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو
استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت
الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك
واليد وهو سبب معين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى
واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على
اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع
في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول
اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا يحتمل
وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء
في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لقدرتها على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما
في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير
في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه شهران
وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وقد ذكرنا الوجهين
في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول
محمد رحمه الله فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها
ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم
يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك
المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان

وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام
كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض
يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك
ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه
وهن حيض ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا
يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي
لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا
قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجيهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره
بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين
فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به
وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي
بذلك كله ورهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله
او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى
الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي
احديهما حل له وطي الموطوة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوة وكل
امرتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل
او شيا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا
باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين
عينيه ولهما ما روي انه عم نهي عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل

وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس
بها بالاجماع وهو الصحيح ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي
لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به
لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز
بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح
والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة ومن علم بجارية انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات
مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا
وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير
لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام
مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او
باعها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره
صاحب اليد بشي فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول
دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده
الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك
له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبر ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي
لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات
عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه
ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طاري
ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا

اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت
عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع
طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها
من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها
وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه
اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر
بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل
قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا
وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه
وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمتقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه
مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل
قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان
كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عم
نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلد فان لبس
فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة
او ثوبا وعن محمد رح انه لا احتكار في الثياب فابو يوسف رح اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة
وابو حنيفة رح اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت

يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عم من احتكر طعاما
اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه
كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط
والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام
غير محمودة ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه
لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان
حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رح يكره لاطلاق ما روينا وقال
محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به
بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة
على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على
اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى
زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا
فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل
الراي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند
ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع
منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه
قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع
ضرر عام وهذا كذلك ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة
لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك
لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا
لان المعصية لا تقوم بعينه ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر

فيه بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية
وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع
والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا
هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون
فيها ايضا وهو الاصح ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية
في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل
المقرون بقصد المعصية ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص
الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رح قوله عم الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها
حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر
ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عم من احتاج اليها
سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له
ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان ياخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض
جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك
لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول
ابن مسعود رض جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد
ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد
للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا ولا باس بتحلية المصحف
لما فيه من تعظيمه فصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل ولا باس بان
يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي

قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رح والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث
في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء
او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان
في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما
ركبه لما فيه من فتح بابه ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا
عن ذلك وقد صح ان النبي عم عاد يهوديا مرض بجواره ويكره ان يقول الرجل في دعائه اللهم اني
اسالك بمقعد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومعقد العز ولا ريب في كراهة الثانية
لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم وعن ابي يوسف رح انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور عن النبي عم
روي انه كان في دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق
على الخالق ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر
حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عم لهو المؤمن باطل الا الثلث
تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب
بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عم
من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله
وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به
تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رح التسليم
عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح باسا بالتسليم عليهم ليشغلهم عما هم فيه ولا باس بقبول هدية العبد

التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان رض حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رض وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رض دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشرا والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شرا ما لا بد للصغير منه وبيعه واستيجار الظئر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام ولا باس برزق القاضي لان النبي عم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال

وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته واذا كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا تتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رض هكذا ذكره القدوري رح ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقة فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر لها مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله

من احيا ارضا ميتة فهي له وانما المباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولانه
قوله عم الكل الماء الا انطابت تنقص امامه في ديارنا يحتمل انه اراد ان لعقوم لا انضبط شروع والانتفاع بها
لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب وليس الاحياء تحت يد احد فهي بدون اذن الامام كما في
سائر الغنائم ويجب فيه العشر لانه ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه
بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها
غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها
والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة
من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه
وقصد الرابع ابطال حقه ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك
الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى
الاستيلاء على اصلنا ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره
لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر او الخراج فاذا لم
تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو
العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلث سنين
حق ولانه اذا اعلمه لا بد له من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره
فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة
ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير
قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد
ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع
الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها

فعن محمد رح انه احياها ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان
سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون
احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى
لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين
عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر
في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون
من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة يتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت
للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين
خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه
الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة
فلا بد من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى من الخاص
المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به
ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من بئر العطن
بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج
الى الزيادة وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة
مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء
ومن موضع يجري منه الى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح
انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل
ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا
يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى
تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس

للغير ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بيرا في حريم الاولى فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد
اخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار
غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره
وهذا هو الصحيح ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب
في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما
والعذر لابي حنيفة رح انه جعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه
بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني
بيرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البير الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد
في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة
لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده
لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها
حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى الحريم لجذ ثمره
ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث وما ترك الفرات او دجلة وعدل
عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه
فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم
في يد الامام ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على
ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رح له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة
بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه
لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء
الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يأباه على
ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء
في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الحاقه

ووجه البناء وهو ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم
استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة
مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه
بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد
لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين يتنازعان في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب
احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك
ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به
فهو في الآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط
لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جانبه
مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض
عند ابي حنيفة رح وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة
في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده
وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك
ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر
نقول في الغرس بقوله وفي القاء الطين بقولهما ثم عند ابي يوسف رح ان حريمه مقدار نصف بطن النهر
من كل جانب وعن محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

كتاب الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس له
ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه اربعة انواع منها
ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها
نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع
من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات

للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه
نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة فله ذلك ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل
اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك
في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى
عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت
والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب خص
عنه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه
كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل
مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع وان اراد
الرجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص
لهم ولا ضرورة وانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني فانه
صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول
في ملكه اذا كان يجد ماء اخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر
اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي
وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه
لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك
وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة
والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه
وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا
لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا
وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت

وصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر
والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره
حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي
ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى
دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل
حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له
صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في الاناء

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل
ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة الا انه عام ونهر مملوك
دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه
على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه
من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب
فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم
لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على
بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه
دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو
ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه
موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا
ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم
بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم
ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا

جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص
والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود
من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل
عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه
ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح
والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت
عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ
شركاؤه نفيا للاختصاص وليس على اهل الشفعة شيء من الكري لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى
الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له
مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا
مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها
نظير في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم
لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار
الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك
لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب
بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك
بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا
او ينصب عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء
الا ان يكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملكه

نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه ومن كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه
الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص
بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق
منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث
يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء
ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كان
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء
فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح
لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة
فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم
بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر
خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى
في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا
تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي
الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل
ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر
الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى
تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذلك لورثته
من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى
بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود

بالجهالة او للغرر او انه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقي من شرب غيره واذا بطلت العقود
فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا تصح تسميته في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب
رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح
ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه
فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب
ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى
ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من ارضه الى ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء
لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها. الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع
الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد فالخمر والكلام فيها في عشرة
مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف
عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عم كل مسكر خمر وقوله
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود
في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي
غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل
على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم
المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظائر والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكره في الكتاب قول
ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى
المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكماله
بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد

والكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها
حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه
جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم
حرم الخمر وعليها انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا
يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى
حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل
لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها
بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما
نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له دين
على مسلم فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب
في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن
الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم
يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه
الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد الاجماع من الصحابة رض وتقديره ما
ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها
الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا
قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى
هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخه
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد
وقذف بالزبد او لم يقذف على الاختلاف وقال الاوزاعي رح انه مباح وهو قول بعض المعتزلة

عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال
وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله
ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي
عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب
والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء ونبيذ العسل والتين ونبيذ
الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو
وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان
الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو
الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه
من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا
لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ
من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع
مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل
قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عم كل مسكر خمر وقوله عم
ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر
يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها
قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير

لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه يرق ويلذ ويطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام
مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن
علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رض ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة
على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد بها التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون
منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد
وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة
الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى
ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب
قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها
اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك
من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على
ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان
سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك
وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة
المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام
ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه
تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه
هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رض
وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر
منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة رح فلم يحرم كل مسكر ورجع

فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت
على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة يحكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير
ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب
ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل
ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع
في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا
وكذا لو جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة
ثم انقع فيه تمر وزبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان
يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة الحرمة
ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم
والمزفت والنقير لقوله عم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا وانما ينتبذ
فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير
متغير يحكم بطهارته واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رح يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول
والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت
صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح
للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل

وفي ما فيه من اجزاء الخل بصيرورة الشيء الثاني فيجانسه من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء
فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر
والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة
دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل
لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي في الخمر ذبابة ولو حمل الخل اليها يباح دون عكسه لما قلنا ولا يحد
شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله
لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبو عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد
فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان
بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر
في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر
لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثيه بما يبقى ليحل الثلث الباقي
بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة
دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي ذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان
جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثه واصل اخر ان العصير اذا صب عليه
ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد
ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والباقي هو العصير
فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى
ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب
الماء فيه بعدما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون
دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني
حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير

مجروحاً ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ
فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان والسبيل فيه ان ياخذ ثلث الجميع
فيضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه
شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال
تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم
تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة
فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وعلى
هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على
ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرماً وقوله عم لعدي ابن حاتم الطائي رض اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل
فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع
بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحاً بمنزلة الاحتطاب
ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي
ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء
علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان
تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن والجوارح الكواسب
في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي رض واسم الكلب
في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رح انه استثنى من ذلك الاسد والدب
لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير
مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا اذ النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له فيترسل بارساله ويمسكه

عليه وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور
عن ابن عباس رض ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم
ترك ما هو مألوف عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب
فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو رواية
عن ابي حنيفة رح لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعاً فاذا تركه ثلاثاً دل على انه
صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه هو الثلث
فقدر بها وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم
ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ولا سماع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو
اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلماً بعد
تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت الوكيل
وله انه آية تعلمه عنده فيكون هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون
علم العبد وذلك بعد المباشرة واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله عند ارساله فاخذ الصيد
فجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رض ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسياً حل ايضاً على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح
بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي
يوسف رح انه لا يشترط رجوعاً الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل
البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رض وهو حجة
على مالك والشافعي رح في قوله القديم في اباحة ما اكل منه الكلب ولو انه صاد صيوداً ولم ياكل منها
ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات

كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي احرزها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس
بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما يقولان
ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه
لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى
اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود
لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو كان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا
ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع
منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما
غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل
من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت
فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم
ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل لانه لو اكل من نفس الصيد
في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل
في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون
حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول
وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
فان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل اذ المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق

ما يكون في المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي
لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه
ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه
من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم
كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الالة
لم يوكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع
في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت
وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يوكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا تحل الا بذكاة الاختيار
ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل
اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية
او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف
ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش فوق
ما يعيش المذبوح حل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان
لو اخذه امكنه ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه فان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به
والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها
بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد
وعندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه
اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان المقصود حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيود
كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال
على ما بينا ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين

بتسمية واحدة لأن الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق
الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد
فقتله يؤكل لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال وكذا الكلب إذا اعتاد
عادته ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا لأن الإرسال
قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا
من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه
للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فأخذه وقتله فإنه يؤكل وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وإنما مكث ساعة للتمكن لما
بيناه في الكلب ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله إنسان أو لا لا يؤكل لوقوع
الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لا يؤكل لأن الجرح شرط
على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة رح إذا كسر
عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر
جرح ينتهض سببا لإنهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق وإن شاركه كلب غير معلم
أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تع عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رض
ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح
معه ومات بجرح الأول يكره أكله لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما إذا رده
المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق
بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الأول لكنه اشتد على الأول حتى
اشتد على الصيد وأخذه وقتله لا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد
حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده
عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس
بصيده والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل
يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه ولو أرسله مجوسي

فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به
الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وإن لم يرسله
أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه
من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو أرسل المسلم
كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه
أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل لما بينا والملك للأول
لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر
في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية
بجرح الكلب الأول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه
أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب أي صيد كان لأنه
قصد الاصطياد وعن أبي يوسف رح أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ تحريمه ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة
في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه
ليس للإباحة ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو
فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا
وقد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وإن تبين
أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب لأن الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي
يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر
ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد لأن الظاهر فيه التوحش ولو رمى إلى بعير
فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى
إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رح لأنه صيد وفي رواية
أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد
يحل لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات

لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة
ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه من قبل هنا
والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم
يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عم انه كره
اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فيه
لا يحل اكله الا ان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة
انه لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن تواريه بسبب
عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة
لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي
في جميع ما ذكرناه وان رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض
لم يؤكل لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط
من عال يؤيد ذلك قوله عم لعدي بن حاتم وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله
او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد
بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما
هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه
لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض
او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح
منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز
عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كالجبل وظهر بيت او لبنة موضوعة
او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق
بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم رح وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الائمة السرخسي رح على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على

لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت
الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل
لقوله عم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكاة
على ما قدمناه ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم
تخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله
بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طولا كالسهم
وبه حدة فانه يحل لانه قتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا
رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك
او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم
الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل
ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وان كان مضافا الى الثقل بيقين كان
حراما وان وقع الشك لا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف
او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفاء السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا
والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عم ما انهر الدم وافرى
الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد
من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه
واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه واذا
رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح اكلا ان مات الصيد
منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف
ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف
الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا

لما انه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة
يحرم قوله ابين بالذكاة قلنا حالة وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند زوال الحيوة لا يظهر
في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي
حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون
في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من سطح
او جبل لم يحرم فنخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او
قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه
حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه حيث
الا انه ميتة حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره
هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت
حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال
فاذا مات حل كله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي منه متعلقا بجلده حل ما سواه
لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة
على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل الذكوة اختيارا
فكذا اضطرارا ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه اخر فقتله فهو
للثاني ويؤكل لانه هو الاخذ وقال عم الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله
فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه
الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي
الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا قدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي
الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه
فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر عنده وعند محمد رح

يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب
فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته
جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف
تعتبر يوم الاتلاف قال رض وتاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا
مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان كان علم ان الموت حصل
من الجراحتين او لا يدري قال رض في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن نقصانه
اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا
واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره فيصير كما اذا رمى
صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما
يؤكل لحمه وما لا يؤكل من الحيوان لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك
ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه
او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من
الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عم اشترى من يهودي طعاما
ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر
بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا
الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع

ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر
ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه
كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه
قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة
الغصب بخلاف الشرى لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح
واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه
فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود
لا يحصل قبله فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله عم لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه ومعناه
لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك
وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاده لافضائه [illegible]
للطلب بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب
حقك وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
الرهن واجماع الصحابة والتابعين رض على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول
بالامانة خرق له والمراد بقوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له
كذا ذكره الكرخي رح عن السلف وان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن
ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تع كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء
وان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس
ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء
الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفى
ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر
ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى

كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشترى
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء عليه
وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم
الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين
استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه
عددناها في كفاية المنتهى منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو
الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبينها في
اثناء المسائل ان شاء الله تعالى ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بعينها
فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص
على ما عليه اكثر المشايخ رح وهو دين ولهذا تصح الكفالة به وان كان الجابر بعد الهلاك لكنه عند
الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه
فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة وهو مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا
لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون قدر ما يقع به الاستيفاء وذلك
بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر
المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف
يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رض يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة
على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ولنا ما روي عن عمر
وعبد الله بن مسعود رض ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفي كما
في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة
في حق الضمان والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روي انه قال يد المرتهن امين في الفضل
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن

والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه
كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء
فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد
الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم
كمكان واحد فيما لا حمل له ولا مؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له
حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية
لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر بزيادة الضرر فلم يلزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع الرهن
فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن
لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل ولان الذي
يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء
كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء
الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على
عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن ولا بد
من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل
الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب
دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو
وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا
وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن
وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال

والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلم يملك المطالبة به واذا كان الرهن في يده فليس عليه ان يمكنه
من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقبض الدين لما بينا ولو قضى البعض فله ان
يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه
زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار
مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك
لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على
وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به
وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس
الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن
وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل
كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه
امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني
فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه
ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن
بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع
كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا
معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن
في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم
تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل
بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذا اجرة الحافظ
واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو

على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له
فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه
وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن
وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد
المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي
يوسف رحمه الله أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق
فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه
وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون
وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد
المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه
فإن كلها يجب على المرتهن وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل
ثابت له فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح
ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة
لأنه من مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي
لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع
وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي
عامة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف رحمه الله
يرجع في الوجهين وهو فرع مسألة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان
أحدهما ينبني على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم
لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي

بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت
الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا
يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما
يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن
كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن
يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن
في رواية الأصل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة
وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح
بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا
ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض
الرهن ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل ولا زرع في الأرض دون الأرض ولا رهن النخل
في الأرض دونها لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا إذا رهن الأرض
دون النخل أو دون الزرع أو النخل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون
إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة رحمه الله أن رهن
الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن
الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن
ولو رهن النخل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن
لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخل بدون الثمر جائز فلا
ضرورة إلى إدخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر
لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر
ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق
بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن جعل
كأنه ما ورد إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن ومتاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء

المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة بالحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل
دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار
او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج
واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل
حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر ولا يصح بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة
لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذا لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب
فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان
المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر
وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان
هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق
ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة
فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب
له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا
الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث
يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن
الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه ويصح الرهن
براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال
لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر فالرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك
ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم
في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك
الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه

انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا
براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن
بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك يهلك بالثمن
لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك
المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن
ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف
ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير
مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك
لم يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن
ان كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب
منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة
ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا
اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار
ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه
وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك
الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك
مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر
انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا

يقع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب
او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز و
تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رح لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن
نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان وإذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من
ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت
عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه
الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز وهو وكيل محض والواحد
لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه
الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم
في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء
للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من
الرهن لانه ايفاء واستيفاء وإذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن
ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ
لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه
لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا
دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جائزين وان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن
وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا

على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي
لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي
لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين اذا كان قد حل فان كانت قيمته
مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم
فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة
من مال اليتيم لان المضمون قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين من القيمة
الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه
المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه
واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله
لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم وحفظه [illegible]
او الوصي بغصب مال الصغير لم يلزمه شي لانه منصوص حفظه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده
يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو
عامل له وان كان لم يحل تكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذه بدينه ويرجع الوصي
على الصغير بذلك لما ذكرنا ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق
الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين
وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح
لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه
معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده
باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير
مستوفيا بقدر الدين فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء

بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لافضائه الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه ولان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج
الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا يطالب من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن
ملك نفسه فيتعذر التضمين فيتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف وعلى ان البناء لا يصح على ما هو المشهور ان محمدا فيها مع ابي حنيفة
وفي هذا مع ابي يوسف رح والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده
بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة
على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء
ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك
وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا
بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين
بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة
كالدين وقيمته ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا
عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنا عشر عند ابي حنيفة
يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن
كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل
مضمونا به استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته

ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان ويفرز سدسه حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمته خمسة
اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة الجودة كزيادة الوزن كان وزنه
عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض
وان كان لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول
يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري
شيا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيا
على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو
منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يوجب فساد العقد
وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب
فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا
لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا بقي معنى الكفالة والرهن للجهالة
فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن
تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه
كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
كما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ
البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول
المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة ومن اشترى
ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ
عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع
والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عينه
على جهة الرهن قلنا لما مده الى وقت الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل

ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين

وحصة كل واحد منهما ما خصه اذا قسم الدين على قيمتها وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون
محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى
لكل واحد من اعيان الرهن شيا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي
الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمي له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفريق التسمية
كما في البيع ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر
الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال ومن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد
منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة
واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رح فان تهايئا
فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند
دينه كان كله رهنا في يد الاخر حتى يستوفي دينه لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير
تفرق وهذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته فان رهن رجلان بدين عليهما رجلا
رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان
الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده
الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد والواحد يستحيل
ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما فتعين التهاتر ولا يمكن
ان يكون رهنا كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا
وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا
يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس
هذا عمل على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا
فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما
البينة على ما وصفناه كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول

ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي
لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء
بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح
على رجل واقاما البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد عدل

واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل
يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك
في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل
منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه
نائب عنه في حفظ العين كالمودع وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن
في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر ولو هلك
في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن
او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي
عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى
احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده فلا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير
قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكنهما يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند
غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى
الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون
الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدلان والمبدل في ملك شخص واحد ولو كان
ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا
ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل واذا وكل الراهن المرتهن
او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وانه صحيح

في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد
الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله
ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله
بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن
لم ينعزل لان الرهن لم يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم وللوكيل
ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه فان مات المرتهن فالوكيل
على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل
انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث وان الموكل رضي
برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي
كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار
اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب
وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا
المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع فان حل الاجل
وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين
في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه
الثاني وهو اداؤه الى اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي
لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يجبر الوكيل يتوى حقه وان شرط بعد العقد قيل
لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
ان الجواب في الفصلين واحد واطلاق الجواب في الجامع الصغير يؤيد ذلك وفي الاصل واذا باع العدل
الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام
ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع
المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية

وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذا لو قتله عبد
فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما وان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق
الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي
اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون
هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه
وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح
الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل البائع نفذ
البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار
ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن
بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له
وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
قائما في يد المشتري للمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل
بالثمن لانه هو العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما
اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي
ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له
وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه
ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن
ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما
يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن
غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لم يقبض
لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المنفردة عن الرهن اذا باع الوكيل

ودفع الثمن الذي امره الموكل ان يقضيه عنه ثم رجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد
لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع بحقه قال رضه هكذا ذكر الكرخي رح وهو يجري على اطلاقه

ثم يرجع على الوكيل على البيع فان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات
بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه
اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان
فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي
والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور بالتسليم كما ذكرنا او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل
عنه وبمثل ذلك لا يخرج عن عقد الراهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق
على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف
على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد
على الثلث لتعلق حقهم به فان اجازه المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه
الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفاذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل
المضاف الى المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق
بالمالية والبدل حكمه حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل
لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية
حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك
له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة
صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك
الراهن الرهن اذا عجز عن تسليمه وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات

القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري
لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف
ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز
الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول
والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته اما
لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مالية العين لا في المنفعة وكان اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق فان
اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل
حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن
فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري العبد
المشتري قبل القبض واعتق الآبق او المغصوب والاعتاق في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال الملك في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق
العبد المشترك بل اولى لان ملك الراهن اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى
وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته
لا يلغو بل يتاخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله
ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع
المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه
حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه ان كان
من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف
جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع على من ينتفع بعتقه وهو العبد لان
الخراج بالضمان قال رضه ولهذا اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فذكر انه
تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل

عنده بخلاف المستسعى في الاعتاق انه يؤدي ضمانا عليه لانه انما سعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله
وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية
في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الملك الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية ههنا
في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث
لا يسعى للبائع الا في رواية عن ابي يوسف رح والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس ضعيف
لان البائع لا يملكه في الاخرة فلا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة
من المشتري والمرتهن يبطل حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد
فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك
عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رح وهو يعتبره باقراره بعد العتق
ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال تملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال
انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وعنده كذلك لان التدبير
لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى
الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ
لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه
في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى
بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من القيمة ومن الدين لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة
فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره
لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان
مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان
حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا
بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن

لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة فيكون رهنا
في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك
قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن الفا غرم خمسمائة وكانت
رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة والمعتبر
في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض
استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف
ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين
وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن
لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة
وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة
لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه المال في الاتلاف وهو قيمته يوم اتلف واذا اعار المرتهن
الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه
الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده
الى المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس
من لوازم الرهن على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا
بالهلاك فاذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود
بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد
منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات
فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن

ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل
لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة
ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره
ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات
ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل
زوالا في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة
ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا
للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك
مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف
كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على
الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امر به ان كانت قيمته
مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع لا
دون القبض لانه بقضاه وكذا ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله
لرب الثوب على الراهن لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى
الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب
ما صار به مستوفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن
لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن
بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص
ملكه ولا في تفريغ ذمته وكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل
ان يرهنه او بعدما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا

في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار
ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة
سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن بالاستيفاء حصل للمرتهن كسلامته بحقيقته ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير
جاز العتق لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء
ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض
دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه
فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى
هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف
ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد
ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الافتكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالافتكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا يصير
بالعود الى الوفاق رادا الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند
تحقق الاستيفاء وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله
بالمالية يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ
تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد
يقوم مقامه وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه اذا كان الضمان على
صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية الرهن
على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك
اذ لو اتلفها كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان
ثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما

في الخلافية ان الجناية حصلت على غيره لكن وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيصير
ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن
على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا
كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها اذ لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة
اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية
عبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون
وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة
فصار كالجناية على الاجنبي ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطاء وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه
ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا
خلافا لزفر رح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر
عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد
الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر
غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن
لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء
لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير
مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير
مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات
من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا وان كان امره الراهن
ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة لانه لما باع باذن الراهن صار

كان الراهن استرده وباع بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى فـ
كذلك هذا وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه الراهن بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك
الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول
لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام
المدفوع مكانه ولمحمد رح في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل
قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير
لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر رح وعين الرهن امانة
عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف
البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع
ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو
على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع
لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء
لان الجناية حصلت في ضمانه وكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد
او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب
الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار بالدفع سقط الدين لانه استحق
بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا ان فداه لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن
وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء
في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو
هلك في الابتداء وان فدا فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق قيمته
فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين
الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فـ

يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدم
على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل
دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد
اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم
ان كان دين المرتهن قد حل اخذه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق
في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد
العتق يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد
جنى العبد تعالى لهما الفدا لان النصف منه امانة والنصف مضمون والفداء في المضمون
على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال نفديه رضا
كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره
الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جنايته والعبد الراهن اذا المرتهن انما الفدية حق ذلك وان كان
المالك يختار الدفع لانه لم يكن مضمونا على المرتهن فهو يحبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح
والا فعلى الراهن فكان له ان نفديه واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا
فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن
لانه يمكنه ان لا يختار فيخاطب الراهن فلما التزمه فالحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي
عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى وعلى الى المرتهن
ان نفدي وفداه الراهن وانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين
امر لازم فدا اوقد فيع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان نصف الفداء مثل الدين
او اكثر بطل الدين فان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا
بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع
عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصف قيمة العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدا والراهن
حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه
الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي
واما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى
الدين لان الوصي قائم مقامه ولو كان تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن فكذا الوصية وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا لان القاضي ناظر لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر
لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت
دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه اثر بعض الغرماء
بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه
يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه
قال رضه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون
محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء
حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع
بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما
فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت
الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بعد دباغ جلدها لان البيع ينفسخ
بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسئلة
البيع ويقول يعود البيع ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه
ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع
لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل

ويبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك
لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله
شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا
وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية
المنتهى وتمامها في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب
الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لان الاباحة يصح
تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه
باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب
وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن
تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من جهته فصار كان الراهن اخذه واتلفه
فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له
الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز
في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة في الدين
ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة
سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رح في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن
في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة
والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع
عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا يرى انه
لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا الشيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن
في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد
انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا
صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض
وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول

يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا
بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد
منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد
رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام
ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب
الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه
عبدا اخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين
حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان
الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول
احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان
يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا تنوب عنه كمن له على اخر جياد
فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم
يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض
الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على الدين فينوب قبض الامانة
عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رح لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين
الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا
اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء
في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن
او بايفاء المتطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه
وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا لما ذكرنا
وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقبه مطالبة

مثله فأما هو في نفسه قائم فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا إذا
اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره
ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى الإبراء بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل
مثل ما كان له على المحتال عليه أو يرجع عليه إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل
وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه
فيكون الجهة باقية بخلاف الإبراء

كتاب الجنايات

القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل
يتعلق به الأحكام فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب
والمروة المحددة والنار لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان
متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا
فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد إجماع الأمة والقود لقوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى الآية إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك إلا أنه يعفو الأولياء أو يصالحوا
لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي رح
إلا أن له حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول
الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير
ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح
للتماثل وفيه مصلحة الأحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم
عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه
عندنا وعند الشافعي رح تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ فكان أدعى
إلى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولأن الكفارة من المقادير
وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث
لقاتل وشبه العمد عند أبي حنيفة رح أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح

وقال أبو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد
أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر به معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد به
غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف
وكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل
ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه
يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة
وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية
مغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة
اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رض وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ
إن شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون
حرمان الميراث ومالك رح وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه والخطأ على نوعين
خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم وخطأ
في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا إثم فيه
يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة في التثبت في حالة الرمي إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث
لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد بالضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب
موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع
البدن كالمحل الواحد وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ
في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية
على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه
ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا
أن القتل معدوم حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو إن كان يأثم

بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسبب ولا يكون
شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص
اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً أما العمدية فلما بيناه وأما
حقن الدم على التأبيد لينتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد
وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة
أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا
لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه
تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي
ما عداه ويقتل المسلم بالذمي خلافاً للشافعي رح لقوله عم لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما
وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي عن النبي عم أنه قتل مسلماً بذمي ولأن
المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة
قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب
لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً
للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى
والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة
امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده
وهو بإطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحاً ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له
فناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن والقصاص يستحق
للمقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة
والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ولا يقتل

الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا لولده عليه
وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة
ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً
فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عم لا قود إلا بالسيف والمراد به
السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما
في كسر العظم وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد رح لا أرى في هذا قصاصاً لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات
حراً أو الملك إن مات عبداً وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك
المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص
وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً أو الوارث إن مات حراً إذ
ظهر الاختلاف بين الصحابة رض في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف المسألة الأولى لأن المولى متعين
فيها وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا
انفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء لأن عتق البعض لا ينفسخ بالعجز وإذا قتل
عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو وليه
لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه
أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح وله
أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه وكذلك إن قطعت يد المعتوه
عمداً لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله
ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل
وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور هنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود

منه التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف وكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة
المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته
فيه ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار
لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار
فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين كبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب
لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف
الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة ومن ضرب رجلا بمر فقتله
فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب
وان اصابه بظهر الحديد فعنده يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه
انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه
بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة
العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه
خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالاة وله ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق
الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية
لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعري اول الضرب عنه
وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجب الدية ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص
عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عنده يمثل به وعندنا يقتل بالسيف
لما بينا من قبل ولهم قوله عم من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة
وله قوله عم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الالة غير معدة للقتل
ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال
اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان

في كلمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وقد اومات اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه
واختلاف الروايتين في الكفارة ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص
لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا على ما بيناه
والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت
سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رض قضى رسول الله عم بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا
مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من كثر سواد
قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي
ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه
هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى ياثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رح يغسل ويصلى
عليه وعند ابي يوسف رح يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف
المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر وفعل
الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون
التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل

ومن شهر
على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عم من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ
فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقوله
في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي
شرح الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا
في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر
الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا
قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان تكون مثل السلاح عندهما فان شهر المجنون على غيره سلاحا

فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة
وعن أبي يوسف رح تجب الضمان في الدابة ولا تجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دفعا
للشر عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولأبي يوسف رح ان فعل
الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك وكان فعلهما مسقطا العصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل
شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما
حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا
وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه
ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف
فعادت عصمته ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل
دون مالك فانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا له الاسترداد في الانتهاء وتأويله اذا لم يتمكن
من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح
قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع
من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذا الرجل ومارن
الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة في القطع ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع
المماثلة في القلع فان كانت قائمة وذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب
تحمى المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة حتى يذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة
من الصحابة رض وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن مطلقا وان كان سن من يقتص منه اكبر
من سن الاخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا
ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رض وقال عم لا قصاص في العظم
والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه
يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ

لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رح في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد يعتبر الاطراف
بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت
في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط
له فاعتبر اصله بخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف
بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه
وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع
شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء
اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض
كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط
حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا
شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف
ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصار
سالما له معنى ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش
لان الشجة موجبة لكونها شينا فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج
زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما
في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه
وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج
فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رح انه اذا
قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة

الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص
فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف
فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة
بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء
القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية
على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بينا
وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض
الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل
في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد وان كان القاتل حرا وعبدا
فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الالف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان
لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط
حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رح في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب
لانقطاعه بالموت ولنا انه عم امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم واذا ثبت
فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن
الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث مستندا
الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا
وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب فيه قصاصان من غير شبهة لاختلاف
القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين
مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ثم
يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين وعفا

320

احدهما ان الواجب نصف الدية فيجب كما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله
مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع
ويجب في ماله لانه عمد واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رض لو تمالا عليه
اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم
غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم
ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل
لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد
فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل
بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص لانه
وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص
شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به ومن وجب عليه القصاص
اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى فيه
خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده واذا قطع رجلان يد رجل واحد عمدا فلا
قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا
سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها
او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل
باعتمادهما والمحل متجز فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة
وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية
يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول
وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن

وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع التنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته بينهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطا او قطع يده خطاء فبرئت يده ثم قتله خطاء او قطع يده عمدا فبرئت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخريين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطاين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير

اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطا فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجب القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطاء فقد اجراه مجرى العمد في هذا الوجه وفاقا وخلافا اذ لا فرق الا انه ان كان خطاء فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطاء فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى

عاقلتها الدية ان كان خطاء وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن
عفوا عما يحدث منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمدا يكون
هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل
وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص
في الطرف في هذه الصورة فاذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية وتجب
في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع
المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده
الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه
لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان
لان الدية تجب على العاقلة في الخطاء والمهر لها ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب
مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد
رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا
وان كان خطاء يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية
وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم
يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج تسقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق
الجواب في الفصلين ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود فاستوفى
طرف من عليه وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه
عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين ان حقه في القود

فلم يكن متبرئا بدون العلم به ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض
فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه
استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا
اذا سرى وقد برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص
في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا
قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فاذا لم يتلفه تبعا واذا سقط
وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص
في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك فلا يظهر
لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف ولم يسر قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير
حق بالبرء لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو
حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا
بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى
النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد
بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا
لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا
كما في غيره منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب
اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطاء لم
يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما ان القصاص طريقه طريق الارث
كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون

ليست هذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين ولان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف
الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا
كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان
اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط
حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب
وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه وان كان الاولياء ثلثة
فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما
مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه
لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره لانه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق
ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما
اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب
نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة الابتداء العفو منهما في حق المشهود
عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود
عليه لاقراره له بذلك واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان
عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد
تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات
وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به
القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان آخر ومكان آخر والقتل
بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد
وكذا اذا قال احدهما قتله بالعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد وان
شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل
يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه

وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولوا كذبهم في نفي العلم لـ
نظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية
في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتله فقال الولي
قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب
القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له
المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره بالباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ
بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه
فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى يحرم
بردته الرمي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفصل وان كان عمدا فالقود
سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم
جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب
موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك ومن رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته
للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف
مع قول ابي حنيفة رح لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها
قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى
وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس
باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تخالف النهاية
والبداية فيجب قيمته للمولى ونقدره وان كان نحا القتل في وجوب القيمة فانه على ما حققناه له

ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم فيها ولو رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل
وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي
هو الذكاة فيعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه
الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو متعد في حالة
الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول
الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين
متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل
المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته وهي الكفارة
في الخطاء لما تلونا ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون
بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة
وقال محمد والشافعي رح ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها
اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها
في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المؤمن مائة
من الابل وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ فان ابن مسعود رض قال بالتغليظ
ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارضه واذا ثبت التغليظ الذي في الابل خاص لان التوقيف فيه
فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا وفي قتل الخطاء تجب الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون
بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود
واخذنا نحن والشافعي رح لرواية ان النبي عم قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما
قلناه ولانه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور غير ان الشافعي رح يقضي بعشرين

ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم
وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روي ان ابن عباس رض قال ان النبي عم قضى بذلك ولنا
ما روي عن ابن عمر ان النبي عم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم
كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح
وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رض هكذا
جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه لا يقدر بها ضمان والتقدير
بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي
حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هذا قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما
ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عم
وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا ينتصف وامامه فيه زيد بن ثابت رض والحجة عليه ما رويناه بعمومه
ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا
في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح
دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رح
ما روي ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم
ولنا قوله عم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رض وما رواه الشافعي
لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رض

فصل فيما دون النفس

وفي النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب عن النبي عم انه قال في النفس
الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم والاصل
في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية
لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عم بالدية كلها
في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو

مقصوده وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو
واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لفوات
منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على
عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء الاكثر تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن
اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطي والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة
لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية
لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه
او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي عن عمر رض انه قضى باربع ديات في ضربة واحدة
ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال
وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رح تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة
في الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد فصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية
كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر
والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رح انه تجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان
المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع
للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان
وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة
عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد
المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان
نبت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص
قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطاء وعلى هذا الجمهور وفي
الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رح تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه

في اللحية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية
وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم وفي كل واحد من هذه الاشياء
نصف الدية وفيما كتبه النبي عم لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت
الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت
النصف فيجب نصف الدية وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية
المراة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي
المراة الدية الكاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصف الدية لما بينا
وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الاصل
للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي
منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة ارباع دية ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم
فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة
وفي كل اصبع من اصابع اليدين او رجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل ولان
في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها
سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع
الرجلين لانه تفوت بقطعها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها
اعشارا وفي كل اصبع ثلث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما
نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وفي كل سن خمس من الابل لقوله عم في حديث
ابي موسى رض وفي كل سن منه خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي
في بعض الروايات الاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي
والاصابع وهذا اذا كان خطاء فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ومن ضرب عضوا
فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا

لو احدب لانه فوّت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زال الحدب فلا شيء عليه لزواله لا عن اثر والله اعلم

فصل في الشجاج

الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز وفي الموضحة اذا كانت خطاء نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رض انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم الدم فيها ويسودّ وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانه يقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة

والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى

من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء
في الكف في قولهم جميعا لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا
كانت الاصابع قائمة باسرها وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده
لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم
يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن
والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته
على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي
الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا
ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل
منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما
اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية
قالوا هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع
والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه
الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثاني
ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج
رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية
فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع
رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها فلا قصاص عليه في شيء من ذلك
وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذا لو كسر بعض سن رجل واسود
ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يلي الكف

المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شج منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين
فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله
يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر
فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا فان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فلا
قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر والحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية
ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهي
ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس
والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخرى لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند
محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى
ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى
فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو
اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط
الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتداة
من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو
قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن
رجل فانتزع المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم
لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى

فاشبهت الجناية وهذا استدلال بالاجماع وكان ينبغي ان يستطل النظر في ذلك القصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه يتبين فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم يتبين قضينا بالقصاص وان تبين انه اخطاء فيه والاستيفاء كان يجب حق الاثر لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله قبل البرء خطاء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد

سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رض انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة والغرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل واحد منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على

من قيمتها ما ستحسانا وهو قول مالك والشافعي رح وهو على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك
في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه
فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح
تجب في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رح انه قال
بلغنا ان النبي عم جعل الدية على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو
بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل
الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء
الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا
ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة وان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق
وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عم قضى في هذا
بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية الام
ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا
القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب
الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب
حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث الضارب منها لانه قاتل
بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر
قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ
مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر
في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انتقصت
الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره فيصح الاعتبار
على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية
وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة

دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا
عندهما وعند محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية
على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رح تجب لانه نفس من وجه
فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعدى
ولهذا لا يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل
ويستغفر الله مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه
الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك
فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا
او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه
وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم
فيه شيئا فكذا في الحق المشترك ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور
ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا
الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضروا بهم
او لم يضرهم الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل
فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك
غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق
روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد
بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول
الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا
فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان
منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا

من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه والضرورة انه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا
كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصاب الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف
وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان وان لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال
ولو شرع جناحا في الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم
باع الخشبة وبرئ اليه منها وتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله
وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه
لانه متعد فيه وان حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا لم يضمن لنسخ الريح فعله وقيل اذا
كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر
رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان
عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب
فعلهم قتلا حتى وجبت الكفارة عليهم والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر
عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحق
الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا
اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد
بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه
لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش
ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو تعمد
المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق
لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه لم يكن على الراش
شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا
ولو استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر
استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر ومن حفر

بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها
في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما تولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة
في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس
الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه
انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فتعقل به انسان كان ضامنا
لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي
نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع
الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن
لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو
متعد فيه اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط
السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرنا وغيره لان
المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفره في فناء
داره لان ذلك لمصلحة داره والفناء مملوك له او له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما فالضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى
في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك
وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد رح
هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان
استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها
في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار
كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغير الامر فالك يضمن المامور
ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور
وههنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد

مسجد فيخرج جناحه فإن علقوا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بالبناء فيما لا يملكه ولا غرور
فنقل الفعل مضافا إليهم وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان
على الأجراء قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لأن كونه
فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة
والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل
إليه ومن جعل القنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل
القنطرة وكذلك إن وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لأن الأول تسبيب والثاني
تعد وهو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر
مع الملقي ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان ضمن وكذا إذا سقط فعطب
إنسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج
في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه
مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه وإذا كان
المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به إنسان لم يضمن
وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة فعطب رجل من غيرهم ضمن قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن في الوجهين لأن هذه من القرب وكل واحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق أن التدبير فيما
يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا
سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة
إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله
وإن جلس رجل منهم فيه فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن كان في غير الصلاة ضمن
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم
أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو
على هذا الخلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما

أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحا
لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما إذا كان
في الصلاة ولأبي حنيفة أن المسجد بني في الأصل للصلاة وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للصلاة مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل
مباحا أو مندوبا إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق
والمشي في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه
في الصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة
إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده والله أعلم

فصل في الحائط المائل وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه
بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس
أو مال والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن أصل البناء
كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليسا من فعله فصار كما قبل الإشهاد وجه الاستحسان
أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فإذا تقدم إليه
وطولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعديا بالامتناع بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في
حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة
هلاك الثوب قبل الطلب ولأنا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع عن التفريغ فينقطع المار حذرا
على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع
هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها
العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق الأولى كيلا يؤدي إلى
استئصاله والإجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لأن العواقل
لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن
من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الإشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت
إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى

مائلا قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل
شهادة رجل وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر
على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي
لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امراة حرا كان
او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به
وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم
ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب
الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق
لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة
المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ
من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان
جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد
عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل
انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم
اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك
بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام
في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى
العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان
مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان
لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو
سقط الحائط على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ
عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد

على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط
فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها
واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته
واذا كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته
وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب
من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان
اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة
الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة التلف بنفسها
صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما
اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت
برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في
حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة
مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه
ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها
في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا
في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن
لانه في الوجه الاول لا يمكنه التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنها وفي الثاني ممكن لانه ينفك
عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف

وان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لا يضمن لانه من ضرورات السير
فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان
اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس
من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن
لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رض
هكذا ذكر القدوري رح في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق
فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ رح
ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز
عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رح
يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم الرجل جبار معناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع
الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف
وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب
فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة
مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء
والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية
دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق
ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل منهما
دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رض
ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه

جرحا او حفر على قارعة الطريق بئرا فوقعا فيها يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا
ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح
مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل
صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره
وروي عن علي رض انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا
وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين
في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء
وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك
بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل
ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون
هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وعلى العبد في رقبته وهو نصف دية الحر
تسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب
لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة ولانه
قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط
السلامة ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان
القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف
التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه
سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان
السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان
ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون

قوله وان ربط رجل بعيرا الى قطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية
لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة
كما في قتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا تجب الضمان
عليهما في ابتداء وكل واحد منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال
التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه
التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمن القائد لانه
قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا
فاصابت في فورها ضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب
في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار
وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد
ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا يصلح
نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد
فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع والطريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان
وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رض وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت
تسير على سننها وان انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن طريق اخر سواه وكذا
اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان
ذلك الوقف يحقق مقصود المرسل انه لتمكنه من الصيد وهذا ينافي مقصود المرسل وهو السير
فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمن من ارسله
وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه بالارسال للاصطياد
فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي واذا ارسل بهيمة وافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل
وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لا يضمن لما مر فلو انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا
او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عم العجماء جبار قال محمد رح هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف

اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما
نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة
وكذلك في عين البغل والحمار والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا
ما روي ان النبي عم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رض ولان فيها مقاصد سوى اللحم
كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه
تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب
الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل
فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او
نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب وهو المروي
عن عمر وابن مسعود رض ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة
اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي فيترجح جانبه
في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين
لانه متعدي في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان
القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعدي في تسببه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب والواقفة في ملكه
والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين
لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما
وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره
بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها
وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها
في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن
هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة
للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره

على قارعة الطريق وماتت فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع
الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه فصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات
حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على عاقلة الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله
سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس
حتى يكون السوق مضافا اليه فاذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر
النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد
فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها بشيء منصوب
في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف
اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة
مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة
تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين
ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد
عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب
على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في الذمة صيانة للدم عن الهدر
وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات
الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل
الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

كالعبد في صدقة الفطر فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع
فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب
حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به
فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا في الارش فاذا اوفاه حقه
سلم العبد له وان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان
مات بعد اختيار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى فان عاد وجنى كان
حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن
وهذا ابتداء جناية وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على
قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها
كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع
ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع
على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر
يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى
ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق حقه من العبد لان الحقوق مختلفة
باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي
من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب
للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها وان اعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان
في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم
وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه عن الدفع والاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى
هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك
بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه

نقل الكل لجوازه كما قال المغير الخفة الكرخي بالبيع واخواته انه ملكه في الظاهر فيستحق المغير بازالة
فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم
البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض
على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة
الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا واذا باعه مولاه من المجني عليه
فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع
واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعله مضاف اليه ولو ضربه
فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن
معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا
بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا
ينقص الرقبة الا انه لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته
قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال
زفر لا يصير مختارا لانه وقت التكلم لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل
يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط
وثبت الطلاق او العتق لا يحنث في يمينه كذا هنا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط
ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت
الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت
طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ثلاثا ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد
وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا
يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى
الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع
اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه المدفوع اليه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية فان

لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك انه اذا لم يعتقه وسرى تبين
ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف
الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وان الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل
والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ مطلقته الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص
بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على
تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص
عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل على الرضا به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل
يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو
والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه
اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا
الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد ثم سرى الى النفس فمات حيث لا يجب القصاص هنالك
وهنا يجب القصاص وبعض مشايخنا ذكروا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا
على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له
في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة
فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على
مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه فاما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل
قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه
قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء
من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي
حيث تجب قيمة واحدة للمولى لان الاجنبي يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق
لانه دونه وهنا يجب لكل واحد منهما بالاتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيه فيضمنهما واذا استدانت

الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها
والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه
فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطاء فلا شيء عليه لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة
وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطاء
وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة
معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا
او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او انا مجنون او بعت داري وانا صبي
او مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك
وانت امتي فقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك القول قولها في كل ما اخذ منها الا الجماع
والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يضمن الا شيئا بعينه
يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان كما
في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم بعينه اعترف باخذ ماله ثم ادعى
التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت
فقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة
منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو
مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها
وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا ان يقتل رجلا فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه
سواء على ما بيناه ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة
فيها باعتبار الشرع وما اعتبر الشرع قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا

ويرجعون على العبد الامر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد
بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وكذلك ان كان الامر عبدا معناه ان يكون الامر والمامور محجورا عليهما
يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء فلا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
اقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطاء وكذا
اذا كان عمدا والقاتل صغير لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر
والعبد واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما
فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفى احد وليي كل واحد
منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة
او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل
احدهما عمدا والاخر خطاء فعفى احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا
خمسة الاف لولي العمد الذي لم يعف وعشرة الاف لولي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان
حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا
تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم دفعه اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء
وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلثة ارباعه لولي
الخطاء وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا
منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده
يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون
فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات
واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فعفى احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع
الذي عفى نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع ابي
حنيفة رح وفي اكثرها مع ابي يوسف رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفى
احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة
الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على

سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا انقلب لا يكون على هذا الوجه فعلى اعتبار
قولهما ان القصاص كان واجبا على العبد فاذا عفى احدهما ينقلب نصيب الآخر مالا وذلك نصف الدية
لكن شايعا في كل العبد فما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه وهو العافي ثبت
فصار نصف جنايته موجبة ربع الدية فيدفعه بذلك او يفديه بربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية
لو تجب كل الدية لوجب دفع كل العبد ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان حق كل واحد في القصاص
في نصف العبد لكن غير معين اذ كل نصف يصلح محلا للقصاص سواء كان ذلك النصف له
نصيبه او نصيب صاحبه وشايعا بين النصيبين فاذا انقلب نصيب الذي لم يعف مالا انقلب
في محل القصاص فيكون غير معين فعلى تقدير ان لاقى نصيب نفسه بطل جميعه وعلى تقدير انه
لاقى نصفا شايعا من النصيبين يثبت نصفه ويبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف فان كانت قيمته
عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها
بخمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته
العبد بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت
بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا تجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو
قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد لبقاء المالية اصلا وبدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب
ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة
الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اقوى فيجب اعتبارها باهدار
الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء
العقد يتبع فائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا الامر
وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة
لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة
باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنه وفي يد العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد
من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر

فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب
امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية ومن
قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص
في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه
فتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين
في الحالين تختلف بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق
ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم
يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا تحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح
بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له
مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين
يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ
دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد
فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي
يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد
يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق لما ذكرنا انه حصل على ملكه ويبطل
الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني ومن قال لعبديه احدكما
حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة صادفت

المعين فيعتقا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان انشاء
من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما
وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية
حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا
وكل واحد منهما ينكر ذلك وكان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه
ضرورة صحة التصرف واثباته وانه النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي
في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده
واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد
واخذ قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي
على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف
النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان مقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة
ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال
فان خرق ثوب غيره فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه النقصان وله ان المالية
وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان العبد
لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام
الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل

في جناية المدبر وام الولد واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمتها ومن ارشها
لما روي عن ابي عبيدة رض انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا من تسليمه في الجناية
بالتدبير او الاستيلاد من غير اختيار الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم

وانما يجب الاقل من قيمته ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف
القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يتكرر ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا
الوقت يتحقق فان جنى جناية وقد دفع المولى القيمة الى الاول بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء
اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية
الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بقضاء ولابي حنيفة رح
انه بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيخير وهذا لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية
الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة
لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار كوجود الاعتاق بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة
المدبر في جميع ذلك لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره
ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطاء على سيده واقراره لا ينفذ على سيده

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده
في يد الغاصب فمات من ذلك فلا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك
كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني
فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى
عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات
في يده فهو ضامن لان المحجور مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى جناية عنده
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان
يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة

ولا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب ويرجع المولى بنصف قيمته
على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد
بهذا السبب ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدلين في ملك واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما
ينتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه
ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب
كان في يد الغاصب وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق
النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى
ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول عند محمد رح ثم وضع المسئلة في العبد
ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع
على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى
نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر
في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة ومن
غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع على الغاصب
بقيمته لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان وجود
الجناية عليه الاخرى لعدم وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق
بسبب كان في يده فيسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية
لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف

كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح هو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية
الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة
يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا ومن غصب
صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهش حية فعلى عاقلة
الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي
لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير
حرا يدا ورقبة اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف
تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع
لا يكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط
العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمى لان ذلك
لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن فتجب
الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع
طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن
في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال
عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به
في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع
الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف
مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ
بالضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه
حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا بالنظر الا اذا قام غيره مقام نفسه في الحفظ
ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون لانهما

ولاية على نفسها وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية
في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي
ووقع في باب المال دون غيره واذا استهلك مالا يقرضه بريديه من غير ايداع لانه مؤاخذ بافعاله
وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه
وما علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطاء وقال مالك يقضى بالقود
اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون
ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة
او يشهد عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه
مثل مذهبنا غير انه لم يكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح
في البداية بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على
من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه
ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عم البينة للمدعي واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي بدا باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل
بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق
بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق بها النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان اختيار
تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه او يختار صالحي اهل المحلة
لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون
يفيد يمين الصالح بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين
وليس بشهادة واذا حلفوا قضي على اهل المحلة الدية ولا يستحلف له الولي ولا يقضى له بالجناية
وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عم في حديث عبد الله بن سهل رض يبريكم اليهود بايمانها ولان اليمين

عهد ثبت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في ساير الدعاوي ولنا انه عم جمع بين الدية والقسامة
في حديث سهل وكذلك جمع بينهما في حديث زيادة وكذلك جمع رض بينهما على وادعة وقوله عم يبريكم
اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذلك اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة
ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين فيقروا بالقتل فاذا حلفوا
حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجبت بتقصيرهم في المحافظة على ما عرف في القتل الخطاء ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف
لان اليمين مستحق فيه لذاته تعظيما لامر الدم فلهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين
بدل عن اصل حقه ولهذا سقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل
على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي
ولو ادعى على البعض باعيانهم انهم قتلوا وليه عمدا او خطاء فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب
وكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول في القياس تسقط القسامة والدية
عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا استحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه
في ان القياس يأباها لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب
الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل
على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص
بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه
نص فلو اوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان
نكل والدعوى في المال يثبت به وان كان في الفصلين فهو على الاختلاف الذي قد مضى في كتاب الدعوى
وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت اليمين عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رض لما قضى في القسامة
وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسين ثم قضى بالدية وعن شريح
والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمام هذه السنة ما امكن ولا يطالب فيه الوقوف
على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على
احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال ولا قسامة على صبي والمجنون لانهما ليسا من

اهل القول الصحيح واليمين قول ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها فان وجد ميت
لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا
ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة اصلا للقتل ثم تجب عليهم فلا بد ان يكون به اثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم
من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فمه او دبره او ذكره لان الدم
يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من
نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا
او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه
بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب في الموجود
وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة
في هذا تنسحب على هذا الاصل لانه لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء
على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة
والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل
ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما اذا كان في داره وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فعلى اقربهما لما روي انه عم اتي
بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين
وادعة وارحب كتب بان يقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم
بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة
يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار
في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك
عند ابي حنيفة وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك

تكون بالسكنى الا يرى انه عم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص
بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي عم اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج وهو على اهل الخطة دون المشترين
وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية
الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص
بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح
بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة وان بقي منهم واحد فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم
بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم وان
وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان
كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم
ولهما ان الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وان وجد القتيل في دار
مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير
في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة ومن اشترى دارا فلم
يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي
في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى
عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض
في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد
لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع
قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري
والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ ومن كانت في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى يشهد

الشهود انما الذي يجب ... لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا
على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لايجاب الدعوى على العاقلة كما لا تكفي
لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة وان وجد القتيل في سفينة
فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى يجب على الارباب
الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا
على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك
كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانه لا ينتقل وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان
التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية
على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة
المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما
على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين
ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل
السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن
مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين
فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة الملك والساكن وهي مختلف بين ابي حنيفة
وابي يوسف رحمه الله وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم يكن
مملوكة لاحد فان كانت مملوكة فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان
على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد
ولا في ملكه فان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي
تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من يقرب منه
الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص اهلها بالقيام بتدبيره فيكون الدية والقسامة عليهم وان ادعى الولي على واحد

من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وان ادعى
على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق ما بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل
على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك
بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا
على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل
على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على
اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان تدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه
فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة ولا على اولئك شيء حتى يقيموا
البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه الا انه يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة
على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء
او في فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارج الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان
العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب
على المالك عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه وان قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم
فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها
ثم شهد فاده وعلى الاصلين هذين تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على رجل من اهل المحلة
بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل لما بيناه والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزاد وكذا على ...

ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان
صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رح لا ضمان
فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم
يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب
فراش اضيف اليه فان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزمه بالشك ولو ان رجلا معه جريح به
رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف
وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته
لورثته عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه
فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال
ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت
وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الاخر الدية وقال محمد رح
لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان
الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما لو وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية
لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رح القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل
اليها في النسب وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان
من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل
من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها
قاتلة والقاتل تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب
الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية ولو ادعى
الولي القتل على رجل من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها لان القسامة والدية انما وجبت
على اهل المحلة بانزالهم منزلة القاتلين

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك والدية في شبه العمد
والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهي الدية
وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عم في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا
فدوه ولان النفس محترم لا وجه الى الاهدار والخاطي معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه
الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا
عندنا وقال الشافعي رح على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله ولا نسخ بعده
ولانها صلة فاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رض فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل
الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى
لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد
وفي عهد عمر رض قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم
قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قاله لكن ايجابها فيما
هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عم
ومحكي عن عمر رض ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان
خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للعاقلة
ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث
سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كانت في سنة
واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة
الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث

سنين وقال الشافعي رحمه الله وجبت على العاقلة في سنة لان التاجيل للتخفيف تحمل العاقلة
فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه واذا قتل
عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل
النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول
الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان
فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد
على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية
في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث
درهم وهو الاصح وان لم يكن يتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا كل ذلك
لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم واما الآباء والابناء
فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة
او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم
يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد
نصف دينار فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال
فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى الدية
من ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا
قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كان يخرج ارزاقهم في كل سنة فكلما
خرج رزقهم يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج
بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته
من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث فان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر

اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطيات في كل سنة فرضت الدية
في الاعطيات دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطيات اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء
منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا
ان ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضه
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا
يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية
على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء
للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عم ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل
مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره
اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم
امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله
بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره
وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى
جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل
عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة قيل هو صحيح
لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر
ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل
البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا

في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء
الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء
من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان
القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى
ذلك من مال العطاء لانه ايسر وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى
القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصرون به فاشبه ولاء العتاقة وفيه
خلاف الشافعي رح وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف
العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا ومرفوعا الى النبي عم لا تعقل العواقل عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس
ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما
نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة
كما ذهب اليه الشافعي رح او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما
روي انه عم اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات
وما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان
في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية
عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن
اقر بقتل الخطاء ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلث سنين
من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى
ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة
وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف
الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه

وكانت الغلبة على النصرة بهم فصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر
لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينصرهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون
بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم فان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله
في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه
الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم
ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم
لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة
كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر
ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي
بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا
ان المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب
على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء
لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه وعطاؤه
بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان
في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير
الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليهم حتى
استوطن البصرة قضى على اهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي
اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا تتحول عنهم وهذا
بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام

العاقلة صلح عليهم وإذا جنى الحر على العبد جناية فقتله خطأ كانت على عاقلته لانه بدل النفس على
ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته
بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على
ما عرف وفي احد قوليه يتحمل كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية على بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات
كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية
في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا
ان العاقلة يتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة
الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه
تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل
اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم
لانهم مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر مسلم فلم يؤد كتابته
حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه
من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون
عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر
ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها
القاضي على الآمر وعلى عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل
ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليها ان يقال ان حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه
الى الولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوى
ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة
تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاول لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن
قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان

اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا اذا سبق ان من احكم هذا الاصل مسائل كثيرة
تخرج عليها وهذا اخر ما نقله من الكتاب والله اعلم [illegible]

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عن الوصية

غير واجبة وهي مستحبة والقياس ان لا تجوز لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو
اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناها لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات
يحتاج الى تلافي ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصوده المآلي
ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة
بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو
قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم
في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة
ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء
الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى
وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه
عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على
ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث
وبالوصية للوارث الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا
معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
بخلاف ما بعد الموت لانها بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر
ان يستند [illegible] لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت
وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق اكثر
رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه لانه يتوقف على اجازتهم

الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن والجور للقاتل عمدا كان او خطاء بعد ان يكون مباشرا لقوله عم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا والحجة عليه في الفصلين ما بيناه وان اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم ولا تجوز للوارث لقوله عم ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم اما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية واما الثاني فلانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حياة الموصي او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد ويستحب للانسان ان يوصي بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون

بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقال عم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانها تكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقد قيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصلة او الصدقة فيتخير بين الخيرين والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي رح هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح يصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر الى اوضاع الشرع لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق

والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه
ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما
تصح ردا الى حالة مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف
عرف في موضعه ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول
فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية
اذ هي اخته الا انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه
شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه
ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى ومن اوصى بجارية الا حملها صحت
الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام
بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح
افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر
في البيوع ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانها تبرع لم يتم فجاز الرجوع كالهبة وقد
حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول
كما في البيع فان صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا
الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار
فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا
وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم
العين الا بها فهو رجوع اذا فعله كالسويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به
والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل
في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل
تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه
ثم رجع فيها لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع
لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا

لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا
ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك
واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية
اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال
فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين
بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا
لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة
واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث
وقد ذكرنا حكمه واذا كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية
الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات
قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر
بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد
عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما
اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما
كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم لصاحب الاقل سهم وسهمان لصاحب
الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة
اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد
على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل وامتنع

حق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع
عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق
فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفضيل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه
وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد
المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلكت واستفاد مالا اخر
تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق
حق الورثة وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية
بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره
وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه
ما قلنا وان اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجوز
الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه
الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي عم فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس
فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل
منهما قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه
ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام
الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر له ثلث مالي واجازت
الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس
مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك
ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث

ما بقي لان كل واحد منها مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار
كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا
يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجعلناه في الواحد الباقي وصار بالدراهم
كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك
ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم
وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلثة من رقيقه
فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده
لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجمع ويجتهد وبدون
ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس
فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا
على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر
بما ذكرناه ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت
ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما لو اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف
انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث
بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد
وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث
بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان
وسكت لم يستحق الا نصف الثلث ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له
ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت فيثبت حكمه بعده
فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ومن اوصى

بنت غنمه فهلكت الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب له
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له
غنم فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت
بلفظ نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له
غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافها الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدونها
تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية
ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة
حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رض
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق
سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة
لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان
وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه
يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفها الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ
الحساب خمسة والثلثة للثلث ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد
عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة درهم
ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل لما قلنا
لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة درهم ولاخر بمائتين
ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله نصف ما اوصى لكل واحد منهما لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد منهما بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان
ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان

والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه
صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بالحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه
من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير
فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا
يصدق على الثلث دون الزيادة وان اوصى بوصايا غير ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل
المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به
والاخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد
فيما في يده من غير منازعة فاذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة
صدقوه فيما شئتم لانه دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان
في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم اذا ادعى المقر له الزيادة
على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية
ويبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف
ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث
من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف
ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف
والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة
في الماضي فلا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف
لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك
القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء
حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط

وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة
ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان
المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل الا ان يسلم الورثة الثوبين
الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب
الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد
لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له
في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي
هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث
الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى
احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له
مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له
انه اوصى بملكه وبغير ملكه لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو
ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير
ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو
نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل
الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع لما
بينا ولا يبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه قصد الايصاء
بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع
البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما
المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت
ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه
عوضه كما ذكرنا او لان مراد الموصي من ذكر البيت تقديره به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين

البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا
بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا
علق عتق الولد وطلاق المراة باول ولد تلده امته والمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق
ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه
بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة
سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة
واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو
على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير
لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم
مات لا يصح وصيته ولا ينفذ ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينها فاجاز صاحب المال
بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته
واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث
فاجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا
اجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي وان اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل
ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف
ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف
ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث
ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه
فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ
نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على
الثلث ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما
للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حتى كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة

والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رحمه الله
ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة
درهم وامة تساوي ثلثمائة فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم
قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد
دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية
فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا
تنتقض في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه
في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به
القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء
او وهب لها هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه
وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في
حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر
عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن
سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب
الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل
موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا
في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقرار لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح

اقراره وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها
تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح والمقعد
والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم
العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض
حادث فان وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه
يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في مرض الموت

ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به
مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث
والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف
الى الموت واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه
كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه
حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو
كحال الصحة لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسألتين جميعا والاصل
فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم
البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ
من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي
بعد ذلك من الثلث يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما
في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه
لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان

تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا ابو حنيفة رح
اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في ذلك ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث
بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى
بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي
حنيفة رح وان كانت وصية بالحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ في قولهم جميعا وان لم يهلك منها
وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا ابو يوسف ومحمد رح يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع
قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحجة وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها
فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة
هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل
هذه المسألة بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه بالفقه ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد
كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان
في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد
اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت
الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه
يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية ومن اوصى
بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه
في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل

من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث
ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان
مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا
والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها
فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد
لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال
رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد
فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار
بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع
الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حال الصحة
ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين
وقال اخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والله اعلم

فصل ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها
الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر
منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث
لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبدأ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو
احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد رح
للاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العبد فكان اولى ووجه الاخرى
ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة

والحج على الكفارات لمزيتها عليها في القوة اذ قد جاء فيها من الوعيد ما لم يات في الكفارات
والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن
دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه وان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود
فينفرد كما تنفرد وصايا الادميين ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا
لان الواجب عليه ان يحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء
ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب
عليه وان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر
بالحج على صفة عدمناها غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ وصيته فيجب تنفيذها
ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها اصلا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية
بالعتق من قبل ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه
من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى
هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط
فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهله
بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده
على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون
وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار
من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه
الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون

جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود
بر الجيران فاستحب انتظام الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وقال
الشافعي رح الجار الى اربعين دارا من كل جانب وهو بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه
ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل
ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما
لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا التفسير اختيار محمد رح وابي عبيد وكذا يدخل فيه كل
ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو
مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذي رحم محرم
منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج
المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل ومن اوصى لاقاربه
فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين
فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ
وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق
من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط منه في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي رحم محرم
منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا
لان القريب في عرف الناس من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان عندهما يفيد بما ذكرناه وعنده
باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان

فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رح اعتبارا بالاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران
الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى
الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية
لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى
والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي
قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية
لانها مقيدة بهذا الوصف ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهذا مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين
وله ان اسم الاهل حقيقة للزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل فلان ببلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه
فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان
الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان
او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم
ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية
في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهو في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي
تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى
بني فلان فهم لا يحصون حيث بطلت الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر
ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور
يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث

تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد
بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ومن
اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا
ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة
آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال
اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع
آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة
ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد
في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام
النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه
وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من
تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه
عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال
واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح
انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة
في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل
فيهم موالي الموالي لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد
الموالي لان اللفظ له مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي
الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم ابنه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض
لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك
ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان

ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع
الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث
لانها خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى وكذا الوصية بغلة العبد
والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم
اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين
والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد
اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج
من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية
بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموها مهاياة من حيث الزمان يجوز
ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى وهو الاعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي
الدار وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت
في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما
في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه وان مات الموصى له
عاد الى الورثة لان الموصى له لو استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات
الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى
بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها
في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا
استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه
من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى
له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار وقال الشافعي رح له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة
فيملك تمليكها من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله ليس
بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل

كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر
بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره فالمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة
المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة
او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض
ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة
الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج
من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصود
الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر
واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر
واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده
او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه
عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك
السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون
هو الذي يستغل ثلثه لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك ال
وارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه
القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو
اوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها
لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الاخر فتعتبر هذه
الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا
للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية اخت الميراث من حيث
ان الملك فيهما يثبت بعد الموت وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهي تخرج من الثلث
او اوصى لرجل بخاتم وللاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا

لصاحب الطوق في المطوق في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيما ذكرنا
فالجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها
لابي يوسف رح ان بالايجاب في الكلام الثاني تبين ان مراده في الكلام الاول ايجاب الاول للموصى
له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة
الموصي فكان بيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم
يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناول ما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا
ان العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
وكل واحد منهما وصية بالايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية
فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم
الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب
الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص
والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص ومن اوصى لاخر
بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة
وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل
والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد
لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود
وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت يراد بها
الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها
او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا
بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى

لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا
لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع
مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي
او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح
والوقف يورث عنده ولا يلزم وكذا عندهما لان هذه معصية فلا تصح عندهما ولو
اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز
من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على
اعتبار المعنيين وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح
وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان قربة في معتقدهم والوصية بالمعصية
باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية
في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين
بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك الباني عن
ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة
لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق
حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة
الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول
ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم
ولا يكون قربة في معتقدنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم
المشركون فهي على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى
بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم
باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي

حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز
سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً
وإذا أوصى بما لا يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا
غير جائز لأنه معصية في حقنا وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً
وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية كالمسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر
وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه
وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم وإذا
دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا
ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك
أخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضاً ولو أعتق عبده عند
الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو أوصى له
مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح
عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن أبي حنيفة رح
وأبي يوسف رح أنه لا يجوز لأنه من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة
المقام على السنة إلا بالجزية ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً
للمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً
بالإرث إذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين
الدارين والوصية أخته

باب الوصي وما يملكه

ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لأن الميت
مضى لسبيله معتمداً عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً
من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه
لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه وإن ردها في وجهه فهو رد لأنه ليس للموصي

ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي
فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء رد لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً فلو أنه باع شيئاً
من تركته فقد لزمته لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع
لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع
حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية إليه وإذا
كانت خلافة لم تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل فإنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب
فلا يصح من غير علم كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما
تقدم من الكتب وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قبل فله ذلك إن لم يكن القاضي
أخرجه من الوصاية حين قال لا أقبل لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن في إبطاله مضرة
الميت وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب ودفع الأول وهو أعلى أولى إلا أن القاضي
إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه إذ للقاضي ولاية دفع الضرر عنه وربما
يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظاً لمال
الميت متصرفاً فيه فيندفع به الضرر من الجانبين ولهذا ينفذ إخراجه فلو قال بعد إخراج القاضي
إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي ومن أوصى إلى عبد
أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير إلى صحة
الوصية لأن الإخراج يكون بعدها وذكر محمد رح في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع
هذه الصور ستبطل وقيل في العبد معناه باطلة حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره
معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الإخراج
أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة
إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة
الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي
عن الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال
وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح

الوصية ان للكبار ان يمنعوه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصايا والتقييد فايدة
وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل
قول محمد رح مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة رح ومرة مع ابي يوسف رح وجه القياس ان الولاية
منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع ولان
الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع
ولابي حنيفة رح انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان
كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال
اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم القاضي
اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص
كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر
من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره
كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته
فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان
يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت
انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي
منابه كانه لا وصي له ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رح
دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل
واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى
فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت
الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب
اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما

ان الولاية يثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد والرأي
لا يا لمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هنالك القرابة وقد
قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها
من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول
اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين
الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية
ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء
الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار
وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك
وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة
ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه
الى الراي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب
الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة
لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي
الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان
المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد
قيل ينفرد كل واحد منهما على التصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد
وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب
الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه

وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد
ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما
اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج
القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا يتصرف
لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه
المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال
الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حال الحياة والجامع انه رضي
برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بالولاية المنتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد
قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني فيهما منزلته ولانه لما استعان به في ذلك
مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى
غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء
ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث
خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت
ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في
يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة
عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه
غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل
القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توي من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث
ما بقي لما بينا وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث

ما بقي وكذا اذا كان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رح ان كان مستغرقا للثلث
لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي
بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطل الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات
محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه
وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض
لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ومن اوصى بثلث الف درهم
فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا
لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا للورثة والقاضي نصب ناظرا لا سيما
في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب
وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر
من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق
بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء
حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي
البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع
التركة وعن محمد رح انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع
التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل
القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة
وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر وان
قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد
رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق
ما اصابه واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ اذ الولاية
نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولا يجوز بيع الوصي
ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن
التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز
بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك
الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منهم تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب
الشراء على وصي كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب
جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل
يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان
الوصاية تعلم ظاهرا وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي
ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب
على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ
اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقالوا وصي
الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم
وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا
وصيهم والوصي احق بمال اليتيم من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب
حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت
ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على
ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه

واشفقهم حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

فاذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما
فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا
استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية
نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين
عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذا الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل
وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب الحافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث
صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كان
الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث
فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه
مقام نفسه في تركته لا في غيرها واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم
وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق منهم للآخرين
بوصية الف درهم لم تجز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تقبل في
الدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد رح
وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة
اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا
تتحقق الشركة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى
للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة

وكذا اذا شهدا ولا ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين
بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى وان كان يبول من الذكر
فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث
يبول وعن علي رض مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر
بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا
في السبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة
الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج
منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى
النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران
ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج
فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل
وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل انه يوخذ
فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا
النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوتهن فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته
لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن
يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب الي
ان يصلي بقناع لانه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة
الجلوس وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء
واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب
وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا

كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط
فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام له امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته
باعها ورد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير
وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر
بغير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي
في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح
يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه
لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي
حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال الامرين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين
اذ ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان
مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء
فتوقى عن احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا
امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان
ذكرا فالتسجية لا تضره وان مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام
والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويتقدم على المرأة
لاحتمال انه رجل ولو دفن مع الرجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال
انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل
وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب
الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد
زاد على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رح
للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى

نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد
المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على
سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة
الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذاك يضرب باربعة
فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون
المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له ثلث ونصف واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال
بينهما نصفان وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع
الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا
الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا
المتيقن بخلاف ما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب
آخر فانه يوجد فيه بالمتيقن كما هنا الا ان يكون الاقل لو قدرناه ذكرا فح يعطى نصيب
الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام
هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف
وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى
لانه اقل النصيبين فيها

مسائل شتى

واذا قرئ على الاخرس كتاب
وصيته فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك
ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة
وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة
قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما
الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي

الآبدة عرفناه بالنص واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه
وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة
فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة
ومرة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم
الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة الصريح
من الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام
غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في هذه الاحكام
للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ
والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تع ولانها تندرئ بالشبهات
ولعله كان مصدقا للقاذف فلا حد للشبهة ولا حد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه
شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل
المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص
فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي
حق العباد اما الحدود الخالصة لله تع شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت
مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص
يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا
لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان
قادرا على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما
استويا لان كل واحد حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة وفي
الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا

وكذا الذي صمت يوما او يومين يعارض لما بيناه في المعتقل لسانه ان اله النطق قايمة وقيل هذا
تفسير معتقل اللسان واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميته فان كانت المذبوحة اكثر
تحري فيها واكل وان كانت الميته اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت الحالة الاختيار
اما في حالة الضرورة تحل له التناول في جميع ذلك لان الميته المتيقنه تحل في حال الضرورة
فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى انه طريق توصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه
من غير ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر
لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار
ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين
لا تخلوا عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب
وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فيسقط اعتباره
دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة

باب رهن العقد بالنقد هذا الباب ... رهن كل شيء بيع ... الربوا ... وهو مبني على اصول منها ...

[illegible]

[illegible]